Haftung aus Scheinvollmacht.

Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der
Hohen Rechts- u. Staatswissenschaftlichen Fakultät
der
Albert-Ludwigs-Universität zu Freiburg i. Br.

vorgelegt von

Otto Ernst
Gerichtsreferendar
aus
Dortmund.

1934.

Referent: Professor Dr. Pringsheim.
Tag der mündlichen Prüfung: 28. Juli 1934.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

Durch die Genehmigung einer Dissertation nimmt die Fakultät nicht Stellung zu den darin ausgesprochenen Anschauungen.

Literatur-Verzeichnis.

Albrecht:	Inkassovollmacht des Büreauvorstehers. JW. 1908, 729.
Baer:	Haftung aus Scheinvollmacht. In der Reihe „Rechtsfragen der Praxis“ 1929.
Biermann:	Zur Lehre von der Vertretung und Vollmacht. In der Festgabe der Gießener Juristenfakultät für Dernburg 1900.
Biermann:	Bürgerliches Recht, I. Bd. 1908.
Brunner	Grundzüge der Deutschen Rechtsgeschichte, 7. Aufl. 1873.
Canstein:	Lehrbuch des Handelsrechts.
Cosak:	Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts, I. Bd. 4. Aufl. 1903, II. Bd. 4. Aufl. 1904.
Dernburg:	Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens, III. Aufl. 1906.
Düringer-Hachenburg:	Kommentar zum HGB. 3. Aufl. 1932.
Eck:	Vorträge über das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1. u. 2. Aufl.
Enneccerus-Kipp-Wolff:	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 23/27. Aufl. 1927.
Erbach:	Die stillschweigende Vollmachtserteilung in der neueren Rechtsprechung. Marb. Diss. 1930.
Friedländer:	Rechtsanwaltsordnung, 3. Aufl. 1930.
Goldberger:	Der Schutz gutgläubiger Dritter im Verkehr mit Nichtbevollmächtigten nach BGB. Heidelberg. Diss. 1908.
Goldmann-Lilienthal:	Kommentar zum BGB. 2. Aufl. 1903.
Hellwig:	Besprechung von Hupkas Vollmacht. In der Zeitschr. f. Deutschen Zivilprozeß S. 520 ff.
Henle:	Allgemeiner Teil, 1926.
Henle:	Vorstellungs- u. Willenstheorie in der Lehre v. der juristischen Willenserklärung 1910.
Heymann:	Wechselzeichen der Sparkassen. In „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben“ (Festschrift für das Reichsgericht) 1929 Bd. IV. S. 287.
Huber:	Die Bedeutung der Gewere im Deutschen Sachenrecht. (Berner Festschrift f. Halle) 1889.

Hupka:	Die Vollmacht 1900.
Jakobi:	Besprechung von Rosenbergs Stellvertretung im Prozeß. In Kritische Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebung und Verwaltung, 49 (1911), S. 84 ff.
Isay:	Die Geschäftsführung. In Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß, 6 Bd. 1900.
Krause:	Schweigen im Rechtsverkehr. In Arbeiten z. Handels-Gewerbe und Landwirtschaftsrecht, herausgegeben von E. Heymann, Nr. 67, 1933.
Lehmann:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 1928.
Lenz:	Inkassovollmacht eines Stadtreisenden; Rechtsschein einer Vollmacht. In Jur. Rundschau, 1931, 150.
Kipp-Windscheid:	Lehrbuch des Pandektenrechts, I. Bd. 9. Aufl. 1906.
Leonhard:	Der Allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 1900.
Manigk:	Das Anwendungsgebiet der Vorschriften für die Rechtsgeschäfte, 1901.
Manigk:	Irrtum und Auslegung. Zwei Grundpfeiler der Lehre von der Willenserklärung, 1918 (zit. Anwendungsgebiet).
Manigk:	Stillschweigend bewirkte Vollmachten im Handelsrecht. In Beiträge zum Wirtschaftsrecht, herausgegeben v. Klausing, Nipperdey&Nußbaum, Bd. II 1931, S. 590 ff. (zit. a.a.o.)
Manigk:	Willenserklärung und Willensgeschäft, 1907 (zit. WeWg.).
Matthiass:	Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, I. Bd. 3. Aufl. 1900.
Meyer, Herbert:	Handelsregistererklärung und Widerruf der Prokura. In Goldschm. Z. 81, 366.
Meyer, Herbert:	Das Publizitätsprinzip im Deutschen Bürgerlichen Recht, 1909.
Motive:	Motive zum Entwurfs eines BGB., 1896.
Oertmann:	Kommentar zum BGB. 3. Aufl. 1927.
Planck:	Kommentar zum BGB. 3. Aufl. 1903.

Protokolle:	Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Enturwfs des Bürgerl. Gesetzbuches.
Regelsberger:	In Ihering. Jahrb. 58, 166.
Regelsberger:	Besprechung von Wellspachers Vertrauen auf äußere Tatbestände. In Kr. V. J. Schr. 47 (1907), 284 ff.
Reichsgerichtsräte:	Kommentar zum BGB. 6. Aufl. 1928.
Riezler:	Venire contra factum proprium, 1912.
Rosenberg:	Stellvertretung im Prozeß, 1908.
Rümelin:	Das Handeln im fremden Namen im Bürgerlichen Gesetzbuch. Arch. Ziv. Prax. 93, 131.
Von Seeler:	Vollmacht und Scheinvollmacht. Im Archiv des Bürgerlichen Rechts, 28. S. 1 ff.
Schloßmann:	Die Lehre von der Stellvertretung, insbesondere der bei obligatorischen Verträgen. 2 Bände, 1902.
Schmidt-Rimpler:	Handelsagentenrecht. In Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, Bd. V, 1 S. 220.
Staub-Bondi:	Kommentar zum HGB. 12. u. 1. A3ufl. 1926.
Staudinger:	Kommentar zum BGB. 9. Aufl. 1925.
Von Tuhr:	Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1918.
Warneyer:	Kommentar zum BGB. 1927.
Wellspacher	Das Vertrauen auf äußere Tatbestände 1906.
Zitelmann:	Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches. In den Beiträgen zur Erläuterung und Beurteilung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches, herausgegeb. v. Becker &Fischer, I. Teil 1889, II. Teil, 1890.
Zitelmann:	Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Allgemeiner Teil, 1900.

Entscheidungssammlungen und Zeitschriften

Arch. Ziv. Prax.	Archiv für die zivilistische Praxis.
Goldschm. Z.	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Konkursrecht; begründet von Goldschmidt.
HRR.	Höchstrichterliche Besprechung.
JW.	Juristische Wochenschrift, herausgegeb. vom Deutschen Anwaltsverein.
Kr. V. J. Schr.	Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Verwaltung.
LZ.	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
OLG.	Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann.
Recht.	Das Recht, Juristisches Zentralblatt für Praktiker.
RG.	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
ROHG.	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Seuff. Arch.	Seuffert's Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte.
Warn.	Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts. Herausgegeb. v. Warneyer.

Inhaltsverzeichnis

		Seite:
	Einleitung:	
§ 1	Tatbestand der Scheinvollmacht	1
	I. Teil. Geschichtliche Entwicklung der Rechtsprechung auf dem Gebiete der Scheinvollmacht (Darstellung der in der Praxis entwickelten Grundsätze für die Haftung aus Scheinvollmacht).	
§ 2	Die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts.	3
§ 3	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts.	9
§ 4	Zusammenstellung einer Reihe praktisch besonders wichtiger Entscheidungen.	14
	II. Teil. Darstellung der in der Praxis gebräuchlichen Begründung der Rechtsprechung (Stillschweigende Bevollmächtigung).	
§ 5	Historische Entwicklung der Begründung.	22
§ 6	Kritische Würdigung.	23
	III. Teil. Darstellung der in der Literatur gebräuchlichen Begründungen f. die Haftung aus Scheinvollmacht.	
§ 7	Die Konstruktion der stillschweigend erteilten Vollmacht bei Hupka und Manigk.	31
§ 8	Die Beweistheorie Schloßmanns.	38
	VI. Teil. Begründung der Haftung durch analoge Anwendung der §§ 171, 172 BGB.	
§ 9	Einleitende Ausführungen.	40
§ 10	Setzt die Haftung gemäß §§ 171, 172 BGB. das Vorhandensein eines objektiv rechtfertigenden Tatbestandes voraus?	42

§ 11 Verschulden oder Verursachen als Voraussetzung der Haftung? 46
§ 12 Enthalten die §§ 171, 172 BGB. Schutzvorschriften zugunsten gutgläubiger Dritter? 51
§ 13 Das Erfordernis des Kausalzusammenhangs. 55
§ 14 Ist die Beschränkung der Haftung aus Scheinvollmacht auf das Gebiet des Handelsverkehrs gerechtfertigt? 57
§ 15 Die Frage der Anfechtung. 58
§ 16 Gesetzesanalogie oder Rechtsanalogie? 61
§ 17 Schluß. 62

I. Teil

§ 1

Um einem dringenden Bedürfnis des modernen Wirtschaftslebens gerecht zu werden, sind Gesetzgebung, Rechtsprechung und Rechtswissenschaft in steigendem Maße bemüht, die Sicherheit des Rechtsverkehrs zu stärken. Zu diesem Zwecke wird der Schwerpunkt rechtsgeschäftlichen Handels immer mehr von inneren Vorgängen, die für die Außenwelt unkennbar verborgen sind, frei gemacht und auf äußere Erscheinungsformen verlagert.

Dieses Bestreben führt zu dem überraschenden Ergebnis, daß vielfach auf alte, deutschrechtliche Grundsätze zurückgegriffen wird, die durch die moderne Rechtsentwicklung längst überholt zu sein schienen. Das erklärt sich folgendermaßen: Ein junges Recht, wie das germanische, hält sich an äußere Formen, da es unfähig ist, die inneren Vorgänge von ihnen zu abstrahieren. Das Kennzeichen der Fortentwicklung besteht alsdann darin, daß neben der Form der rechtsgeschäftliche Wille stärker berücksichtigt wird.[1]) Die Spannung, die dabei zwischen der inneren und äußeren Seite der Rechtsverhältnisse oftmals hervortritt, wird dann auf der weiteren Entwicklungsstufe des Rechts, auf der wir uns augenblicklich befinden, durch ein bewußtes Zurückgehen auf äußere Formen ausgeglichen.

So wird es begreiflich, daß beispielsweiwe Huber[2]) zu Ende des 19. Jahrhunderts das Publizitätsprinzip für das Gebiet des Sachenrechts in der Form der deutschrechtlichen Gewere wieder entdeckte und so den Redaktoren des BGB. für manche sachenrechtliche Einrichtung, die sie mehr gefühlsmäßig in das neue Gesetzeswerk aufzunehmen gewillt waren, die inneren Zusammenhänge aufzeigte, die ihnen bis dahin verstandesmäßig nicht bekannt waren. Die Arbeit Hubers wurde von anderen Forschern zum Anlaß genommen, das Publizitätsprinzip auch für andere Gebiete des modernen Privatrechts zu „entdecken". Hier sei besonders

1) vgl. Brunner, a. a. O. S. 168
2) Die Bedeutung der Gewere im deutschem Sachenrecht. Berner Festschrift für Halle, 1889.

Moriz Wellspacher[3]) genannt, der sich u. a. eingehend mit den äußeren Tatbeständen der Vollmacht beschäftigt hat.[4])

Gerade auf dem Gebiet der Vollmacht verlangt der Verkehr immer dringender danach, daß die rechtliche Stellung des Dritten, der sich mit dem Bevollmächtigten eingelassen hat, nicht von verborgenen Umständen abhängig gemacht werde. Es ist für das heutige Wirtschaftsleben, in dem die Vertretung eine sehr große Bedeutung hat, nicht tragbar, daß Rechtsgeschäfte, die dem äußeren Anschein nach gegen den Vertretenen wirksam sind, sich nachträglich aus internen Gründen als unwirksam herausstellen. Die folgenden Fälle, die in den letzten Jahrzehnten immer häufiger die Gerichte beschäftigt haben, lassen die Notwendigkeit der Publizität deutlich erkennen:

1.) A hat dem B zwar keine Vollmacht erteilt, für ihn mit C Geschäfte abzuschließen, er duldet jedoch bewußt, daß B dies tut.
2.) A hat dem B zwar keine Vollmacht erteilt; er weiß auch nicht, daß B nach außen als Bevollmächtigter auftritt. Seine Unkenntnis beruht jedoch auf Fahrlässigkeit[5]).

Es fragt sich nun, ob der Vertretene sich gegenüber dem Schein der Vollmachtserteilung auf seinen mangelnden Bevollmächtigungswillen berufen darf oder ob er den Schein wie Wirklichkeit gegen sich gelten lassen muß. — Die obersten Gerichte haben sich meistens für die Haftung des Geschäftsherrn ausgesprochen und die Wissenschaft ist seit langem bemüht, dieses Ergebnis aus dem Gesetz zu begründen.

Es ist nun interessant, zu beobachten, wie die Rechtsprechung im Laufe der Zeit dem Drucke eines dringenden Verkehrsbedürfnisses nachgibt, ohne bemüht zu sein, für ihre Entscheidung eine überzeugende Begründung aus dem Gesetz zu finden. Letztere Aufgabe zu erfüllen, überläßt die Praxis der Wissenschaft.[6]) Es soll daher in folgendem unsere Aufgabe sein, die Rechtsprechung auf dem Gebiete der Scheinvollmacht zunächst rein historisch darzustellen und aus ihr die Voraussetzungen, die die Praxis für die Haftung des Geschäftsherrn allmählich entwickelt hat, abzuleiten. Im 2. und 3. Teil der Arbeit sollen alsdann die verschiedenen rechtlichen Begründungen, wie sie von der Praxis und

3) Moriz Wellspacher, das Vertrauen auf äußere Tatbestände. Wien 1906, insbes. Seite 79 ff.
4) Es geht über den Rahmen dieser Arbeit hinaus, zu prüfen, ob das Prinzip der Offenkundigkeit, wenn auch latent, unserer gesamten Rechtsordnung zugrundeliegt, wie Wellspacher anzunehmen scheint. Für das Gebiet der Vollmacht ist die Offenkundigkeit jedenfalls ein Grundprinzip, das auch im Gesetz einen deutlichen Ausdruck gefunden hat.
5) Diese Fälle werden von uns zunächst als Fälle von „Scheinvollmacht" bezeichnet.
6) Diese Arbeitsteilung auf dem Gebiete der Fortentwicklung des Rechts ist eine allgemeine Erscheinung.

der Wissenschaft gegeben worden sind, einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Im 4. Teil wird alsdann die u. E. allein befriedigende Begründung der einschlägigen Rechtsprechung durch analoge Anwendung der §§ 171, 172 BGB dargelegt und gerechtfertigt.

§ 2

Es ist bereits angedeutet worden, daß das Bedürfnis nach Verkehrssicherheit zu der Ausbildung des Begriffes der Scheinvollmacht geführt hat. Da die Sicherheit des Verkehrs nirgends so sehr erforderlich ist, als im Handels- und Wirtschaftsleben, ist es erklärlich, daß die ersten Ansätze zur Entwicklung der Scheinvollmachtslehre in den Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts zu finden sind. Zwar wird dort ausdrücklich von einer „Scheinvollmacht" nicht gesprochen, wie ja überhaupt nicht die Rechtsprechung, sondern die Rechtswissenschaft diesen Ausdruck geprägt hat.[1]) Der Praxis kommt jedoch das Verdienst zu, die Haftung aus Scheinvollmacht, wenn auch nur rein gefühlsmäßig und mit einer unhaltbaren rechtlichen Begründung (stillschweigende Bevollmächtigung) tatsächlich ausgebildet zu haben. Das ROHG hat besonders auf dem Gebiete der Handlungsvollmacht (Art. 47, 49, 52 des Allgem. Deutschen Handelsgesetzbuches) Grundsätze entwickelt, die der Lehre von der Scheinvollmacht als Ausgangspunkt dienen. Das RG hat diese Ansätze weiter ausgebildet. — Im folgenden sollen aus einer Anzahl von Entscheidungen der obersten Gerichte, die in historischer Reihenfolge kurz besprochen werden, die Voraussetzungen der Haftung aus Scheinvollmacht, wie sie die Praxis entwickelt hat, herausgeschält werden.[2])

Die ersten Entscheidungen des ROHG, die genannt werden müssen, beschäftigen sich mit der Frage, inwieweit Rechtsgeschäfte, die inzwischen zwei Kaufleuten durch Vermittlung eines sogen. Provisionsreisenden getätigt worden sind, Wirksamkeit besitzen. In Band I, Seite 150, BandIX Seite 104 und Band XIII Seite 210 hat das ROHG drei Fälle entschieden, denen folgender Sachverhalt zugrundeliegt.

Der Beklagte hat durch Vermittlung eines Reisenden bei dem Kläger Waren bestellt und von ihm geliefert bekommen. Die Zahlung des Kaufpreises ist an den Reisenden geschehen, der das Geld seiner

1) Selbst das RG hat bis heute noch keine Gelegenheit genommen, zu dem Problem der Scheinvollmacht ausdrücklich Stellung zu nehmen.

2) Es würde zu weit führen, sämtliche einschlägigen Entscheidungen zu besprechen. Es sind nur solche ausgewählt worden, die für die Rechtsentwicklung besonders wichtig erschienen. Weitere einschlägige Entscheidungen sind: ROHG IV, m 294, V 207 RG. 5,16; 22,76; 48,58; 50,75; 67.433; 71,221; 73,347; 81,257; 115,316; 116,252; 118,234; Warn. Rspr: 1913 Nr. 130; 1926, Nr. 154. JW. 1924,1275; 1925;1753; Gruchot 69,671. OLG. 13,328; 15,317; 17,44; 18,13; 20,62; 24,271.

Firma jedoch vorenthalten hat. Die Beklagten, die von dem Verkäufer auf Zahlung des Kaufpreises belangt werden, sind durch irgendwelche äußere Umstände zu der Annahme gekommen, daß die Reisenden zur Empfangnahme des Geldes ermächtigt seien, während sie in Wirklichkeit eine Inkassovollmacht nicht besaßen. Der Schein der Vollmacht ist entweder dadurch begründet worden, daß der Reisende bereits in anderen Fällen Zahlungen in Empfang genommen hat, die von seiner Firma als solche stillschweigend anerkannt worden sind. Oder der Reisende hat in dem zur Entscheidung stehenden Fall bereits eine Teilzahlung angenommen, die von dem Verkäufer dem Konto des Käufers gutgeschrieben worden ist, ohne daß eine Mitteilung dahingehend erfolgt ist, daß der Reisende zur Annahme von Zahlungen nicht ermächtigt sei. In jedem Falle kommt noch hinzu, daß der Verkäufer die bestellten Waren stets geliefert hat, ohne seinen Kunden von der mangelnden Vollmacht des Reisenden ausdrücklich Kenntnis zu geben.

Man könnte zunächst annehmen, es handle sich bei den Entscheidungen lediglich um die Frage, ob Art. 49 ADHGB. Anwendung zu finden habe, wonach Handlungsreisende, die zugleich „Handlungsbevollmächtigte sind, insbesondere als ermächtigt gelten, den Kaufpreis aus den von ihnen abgeschlossenen Verkäufen einzuziehen. Das Gericht hat jedoch ausgesprochen, daß die Reisenden in den vorliegenden Fällen nicht als Handlungsbevollmächtigte im Sinne des Art. 47 ADHGB. anzusehen seien, weshalb ihre Inkassobefugnis nicht aus Art. 49 abgeleitet werden könne[3]). — Trotzdem erachtet das Gericht die Reisenden nach den gegebenen Umständen für berechtigt, mit Wirkung für die Kläger Zahlungen in Empfang zu nehmen. Nach seiner Ansicht ist eine tatsächliche Bevollmächtigung hierfür keine Voraussetzung;" . . . . vielmehr kommt es entscheidend darauf an, ob nach den konkreten Umständen der Verklagte annehmen durfte, daß Kläger mit der Zahlung an R. einverstanden sei."[4]) Diese Frage bejahen die Entscheidungen, denn es hätte von den Klägern verlangt werden müssen, wenn sie ihre Reisenden nicht als bevollmächtigt angesehen wissen wollten, daß sie dem Schein der Bevollmächtigung, der in den äußeren Umständen zu erblicken sei, widersprochen hätten. „Ein solcher Widerspruch war aber durch die im Handelsverkehr waltende bona fides geboten, damit nicht die Zahlenden sowohl wie andere Kunden, welche von den unbeanstandeten Zahlungen

3) Die Frage, ob es sich bei Art. 49 ADHGB. bezw. dem entsprechenden § 54 HGB. um einen Fall von gesetzlicher Scheinvollmacht handelt, wird später untersucht; vgl. unten Seite 18 Anm 13.
4) ROHG. Band IX Seite 104.

an R. Kenntnis erhielten, zu der Annahme induciert würden, daß R. zum Inkasso für Kläger ermächtigt sei."[5])

Die Entscheidungen sprechen also schon mit aller Deutlichkeit aus:

> Wer den Schein einer Vollmacht erweckt, ist nach der bona fides im Handelsverkehr verpflichtet den Schein zu vernichten, wenn er nicht wie eine gültige Bevollmächtigung gegen ihn wirken soll.

Eine rechtliche Begründung gibt das Gericht für diese Entscheidungen nicht; es beruft sich lediglich auf Treu und Glauben. Auch die Voraussetzungen der Haftung sind im einzelnen noch nicht ausdrücklich bezeichnet.

Folgender Fall, den das ROHG. in Band IXX Seite 123 entschieden hat, läßt zum ersten Mal Rückschlüsse zu hinsichtlich der objektiven Beschaffenheit des Rechtsscheins, wie er von der Praxis vorausgesetzt wird.

Die Kläger hatten den Agenten H. beauftragt, in ihrem Namen Verkäufe von Zucker abzuschließen. H. tätigte die Verkäufe möglichst gegen Dreimonatsakzept, sonst unter Gewährung eines gewöhnlichen dreimonatlichen Kredits. Die eingenommenen Wechsel schickte H. an die Kläger, welche sie ihm kurz vor Fälligkeit zurücksandten mit dem Auftrag, die Wechselsumme einzuziehen. War von den Kunden kein Wechsel gegeben worden, so übersandten die Kläger dem H. kurz vor Ablauf der Dreimonatsfrist eine Quittung, auf der lediglich das Datum unausgefüllt blieb. Gegen Vorzeigung des Wechsels bezw. der Quittung verlangte H. von den Käufern alsdann Zahlung des Kaufpreises, den er nach Erhalt seiner Firma einschickte. — Aus dem geschilderten Verfahren hat die Beklagte auf eine unbegrenzte Inkassovollmacht des H. geschlossen und an diesen, auch ohne daß er sich durch Vorzeigen eines Wechsels oder einer Quittung als Bevollmächtigter äußerlich zu erkennen gab, Zahlungen geleistet. In mehreren Fällen hatte H. die von der Beklagten empfangenen Gelder an die Klägerin eingesandt und diese hatte die Zahlungen dem Konto der Beklagten gutgeschrieben. Die eingeklagte Summe, die die Beklagte ebenfalls an H. gezahlt hatte, hat dieser jedoch unterschlagen.

Das Gericht verneint die Wirksamkeit dieser Zahlungen gegenüber der Klägerin. Der Umstand, daß H. in dem geschilderten Verfahren Gelder für die Klägerin einzog, wäre nach Ansicht des Gerichts nur

5) ROHG. Band IX Seite 104.

dann von Bedeutung, wenn H. sich dabei so gerierte, daß man auf das Vorhandensein eines allgemeinen Inkassomandates zu schließen Veranlassung gehabt hätte. Dies sei jedoch nicht anzunehmen. Auch die Tatsache, daß H. des öfteren Gelder von der Beklagten erhalten habe, die dieser von den Klägern gutgeschrieben worden seien, rechtfertige nicht ohne weiteres den Schluß, daß H. generelle Inkassovollmacht besitze. — Die Frage, ob diese Entscheidung gegenüber den Urteilen in Band IX Seite 104 und Band XIII Seite 210 eine Inkonsequenz darstellt, ist hier nicht zu untersuchen. Von Interesse ist lediglich die tatsächliche Feststellung des Gerichts. Daraus aber ist zu entnehmen:

> Nicht jeder Schein einer Vollmacht soll wie die Bevollmächtigung selbst behandelt werden, sondern nur der Schein, der objektiv auf einen entsprechenden Inhalt schließen läßt. Wer ohne rechtfertigende äußere Umstände, wenn auch gutgläubig, an des Vorhandensein einer Vollmacht geglaubt hat, wird nicht geschützt.[6])

Der Maßstab für das Vorliegen eines objektiv schutzwürdigen Rechtsscheins ist in dem äußeren Verhalten des scheinbaren Vertreters gegeben. Wenn derjenige, der mit einem Scheinbevollmächtigten in Verbindung tritt, objektiv, d. h. bei Berücksichtigung der im Handelsverkehr üblichen Gebräuche, annehmen durfte, der angebliche Vertreter sei wirklich bevollmächtigt, so ist die Grundlage für die Haftung aus Scheinvollmacht vorhanden.

Die subjektiven Beziehungen des Geschäftsherrn und des Dritten zu dem objektiv schutzwürdigen Rechtsscheins sind in den bisherigen Entscheidungen noch nicht klar zum Ausdruck gekommen. Das gemeinsame, das die besprochenen Urteile in dieser Beziehung aufweisen, ist die Voraussetzung, daß der „Vertretene" von dem Rechtsschein, d. h. dem Auftreten des scheinbaren Vertreters Kenntnis hat[7]) und es unterläßt, dem Rechtsschein wirksam entgegen zu treten.

Die Frage, ob stets Kenntnis des Vertretenen erforderlich ist oder ob auch fahrlässige Unkenntnis genügt, ist vom ROHG. nicht beantwortet worden. Sie ist bei der Besprechung der Entscheidungen des Reichsgerichts wieder aufzunehmen.

6) Vgl. Baer a.a.O. S. 12 und 24; OLG. 13. 328; Warn. 1913, Nr. 130.
7) Die Frage, ob dem „Vertretenen" bewußt ist, daß die Allgemeinheit aus dem Verhalten des „Vertreters" auf eine Bevollmächtigung schließt, wird in der Praxis nicht aufgeworfen.

Auch die Frage, welche subjektiven Voraussetzungen in der Person des Dritten gegeben sein müssen, hat bisher noch keine klare Antwort gefunden . Zwar weist der kurze Satz in der Entscheidung Band I,Seite 152 („. . . sofern ihr nicht das fehlende Dienstverhältnis bekannt ist oder bekannt sein muß . .") darauf hin, daß Fahrlässigkeit auf Seiten des Dritten die Haftung des Geschäftsherrn ausschließt. Die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts in Band X Seite 142 gibt in dieser Richtung einen weiteren Fingerzeig.

Die beklagte Ehefrau duldete, daß ihr Ehemann in ihrem Erwerbsgeschäft „mittätig" ist. Sie räumt auch ein, daß sie ihren Ehemann zum Abschluß von Kaufverträgen mit solchen Firmen ermächtigt habe, die ihr bekannt seien. Der Ehemann hat nun bei dem Kläger einen Kauf getätigt, aus dem sich die Beklagte nicht für verpflichtet hält. Anscheinend mit der Begründung, daß ihr die klägerische Firma nicht bekannt sei. Das Gericht folgert aus den Umständen, daß der Kläger zu der Annahme, der Ehemann besitze Vollmacht zum Abschluß des Kaufvertrages, guten Grund gehabt habe. Es kommt zu dem Ergebnis, daß die Beklagte aus dem fraglichen Geschäft haftet, wenn auch in Wirklichkeit ihr Ehemann nicht zu demselben ermächtigt gewesen sein, sondern seine Vollmacht überschritten haben sollte.

Die Entscheidung spricht in den Urteilsgründen von einer Erkundigungspflicht des Dritten, die dann ergreifen müsse, wenn „besondere Verdachtsmomente" vorliegen. Das soll offenbar bedeuten: Liegen für den Dritten infolge seiner besonderen Beziehungen zu den beteiligten Personen*) irgendwelche Momente vor, die an dem scheinbaren Inhalt und Umfang der Vollmacht Zweifel aufkommen lassen, so ist er nach Treu und Glauben verpflichtet, die Zweifel zu beheben. Unterläßt er jegliche Erkundigung und ist anzunehmen, daß er bei Anstellung von Erhebungen in einem Treu und Glauben entsprechenden Umfange den Mangel der Vollmacht erkannt hätte, so beruht seine Unkenntnis auf Fahrlässigkeit, die den Ausschluß der Haftung des Vertretenen bewirkt. — Aus dieser Entscheidung in Verbindung mit dem kurzen Hinweis in ROHG. Band I, Seite 152 läßt sich folgender Grundsatz entnehmen:

> Hat der Dritte den durch den Schein der Vollmacht verdeckten Mangel der Bevollmächtigung gekannt oder infolge von Fahrlässigkeit nicht gekannt, so entfällt die Haftung des Geschäftsherrn aus dem mit dem Scheinbevollmächtigten geschlossenen Vertrag.

*) Wenn die zweifelerregenden Momente für den allgemeinen Verkehr erkennbar sind, fehlt es bereits an dem objektiv schutzwürdigen Rechtsschein!

Als letzte der Entscheidungen des ROHG. sei noch ein Urteil aus Band XI, Seite 32 angeführt, das zum ersten Mal den Versuch macht, der einschlägigen Rechtsprechung eine rechtliche Begründung zu geben.

Der Kläger hat des öfteren geschehen lassen, daß sein Comptoirgehilfe bei der Bank Geldbeträge für ihn abholte. Der Kläger gab dem Gehilfen eine Blankoquittung mit, in die dann letzterer den von der Bank für den zu diskontierenden Wechsel ausgezahlten Betrag einsetzte. — Aus dem Verhalten des Klägers folgert das ROHG. eine stillschweigende Bevollmächtigung, „und zwar in dem Sinne, daß von Seiten des Klägers der Verklagten kundgegeben war, es solle der Handlungsgehilfe Gabriel ebenso wie der Buchhalter N. bei Ueberbringung einer Blankoquittung legitimiert sein, die Beträge für diskontierte Wechsel in Empfang zu nehmen."

Die Annahme einer stillschweigenden Bevollmächtigung bedeutet für die beiden oben Seite 2 angeführten Fälle von Scheinvollmacht keine ausreichende rechtliche Begründung. Mag man je nach den Umständen im Falle des bewußten Duldens eine stillschweigende Vollmachtserteilung seitens des Geschäftsherrn anzunehmen berechtigt sein; in dem Falle einer fahrlässigen Unkenntnis von dem Auftreten des „Bevollmächtigten" läßt sich eine solche Annahme nicht rechtfertigen.[9]) In jedem Falle aber verträgt sich eine solche Konstruktion nicht mit dem von der Praxis vorausgesetzten Erfordernis, daß dem Dritten der Mangel einer ausdrücklichen Vollmacht nicht bekannt oder infolge von Fahrlässigkeit nicht unbekannt sein darf. Das Bewußtsein des Dritten von dem Mangel einer voher erfolgten Bevollmächtigung kann dann nicht von Bedeutung sein, wenn das augenblickliche Verhalten des Geschäftsherrn als Vollmachtserteilung angesehen wird.[10]) Außerdem ist zu bedenken, daß nach geltendem Recht Vollmacht auch durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden erteilt werden kann. In einem solchen Falle können Momente, die in der Person eines Dritten begründet sind, auf das intern abgeschlossene Rechtsgeschäft der Vollmachtserteilung keinen Einfluß haben.

Daß das Gericht in vorliegendem Fall von der rechtlichen Begründung selbst nicht fest überzeugt ist, geht aus der Tatsache hervor, daß es im Anschluß an die Erwähnung der stillschweigenden Bevollmächtigung ausführt: „Sollte hieraus (d. h. aus dem Verhalten des Geschäftsherrn!) auch nur die Folgerung zu ziehen sein, daß die Verklagte des

9) Die Entscheidung dieser Fragen hängt von der Stellung zu dem Problem der fahrlässigen Willenserklärung ab. Auf Seite 32 ff. wird dieses Problem behandelt werden.
10) Vgl. unten Seite 28 ff.

Beweises spezieller Bevollmächtigung des G. für den vorliegenden Fall enthoben und der Beweis, daß die Legitimationsurkunde auf widerrechtliche Weise in den Besitz des Gelderhebers gelangt sei, dem Kläger obliege, so würde dies vorliegendenfalls genügen, um die Klage abzuweisen."[11])

Trotz aller rechtlichen Bedenken findet sich von jetzt ab in fast jeder Entscheidung des ROHG. und des RG. der Hinweis auf die stillschweigend erteilte Vollmacht. Vorläufig mag die Feststellung dieser Tatsache und die Andeutung der damit zusammenhängenden Zweifelsfragen genügen. Eine eingehende Behandlung der rechtlichen Begründung der Haftung aus Scheinvollmacht folgt im II. bis IV. Teil der Arbeit.

§ 3

Bei der nächsten Entscheidung handelt es sich zum ersten Mal um ein Urteil des RG. Es ist in Band 1 Seite 8 veröffentlicht und behandelt folgenden Sachverhalt.

Der Beklagte hat seinen Buchhalter T. beauftragt, bei der Klägerin um den Preis einer ganz bestimmten Ware anzufragen. T. hat darauf an die Klägerin einen Brief gerichtet, den er mit dem Namen des Beklagten unter Voraussetzung eines p. mit dem nachfolgenden Anfangsbuchstaben seines eigenen Namens unterschrieb. Von der Antwort der Klägerin machte T. dem Beklagten Mitteilung und erhielt darauf die Weisung, die Offerte der Klägerin anzunehmen. Das geschah mittels eines Briefes, den T. mit Einwilligung des Beklagten in der gleichen Weise unterzeichnete, wie den ersten Brief, nur daß er diesmal seinen eigenen Namen ausschrieb. T. hatte jedoch den Auftrag des Beklagten mißverstanden und statt über $^1/_8$-zölliges über $1^1/_8$-zölliges Blech abgeschlossen. Die Klägerin besteht auf Erfüllung des Vertrages.

Das RG. erachtet den Beklagten für haftbar, weil er es habe geschehen lassen, daß T. sich wie ein Handlungsbevollmächtigter gerierte, indem er die Briefe zeichnete. Es legt dabei Wert auf die Feststellung, daß das Verhalten des T. nicht vereinzelt dastehe, sondern daß T. vielfach auch anderen Personen gegenüber in der gleichen Weise verfahren sei.[1]) Ein objektiv schutzwürdiger Rechtsschein liegt

11) Die hier geäußerte Ansicht des ROHG deckt sich in etwa mit der Lehre Schloßmanns, der der Scheinvollmacht ebenfalls nur Beweiswirkungen zuschreibt. Vgl. Schloßmann a.a.O. II Seite 504 und unten Seite 38

1) Merkwürdiger Weise legt das RG. keinen Wert auf die Feststellung, daß der Kläger die wiederholte Firmenzeichnung des T. auch anderen Personen gegenüber gekannt und sich dadurch zu der Annahme hat bewegen lassen, T. sei bevollmächtigt. Das Erfordernis des Kausalzusammenhangs findet sich erst in späteren Entscheidungen; vgl. unten Seite 13 f.

also nach Ansicht des RG. nur bei einer Betätigung der Scheinvollmacht, die von einer gewissen Dauer ist, vor.[2])

Hinsichtlich der Voraussetzungen in der Person des „Vertretenen" begnügt sich die Entscheidung mit der Feststellung, daß er die den Verkehr täuschende Betätigung seines Angestellten gekannt hat.

In der Folgezeit läßt das RG. die Haftung nicht nur dann eintreten, wenn der Geschäftsherr das vollmachtslose Handeln seines Angestellten gekannt hat, sondern auch dann, wenn es ihm aus Fahrlässigkeit unbekannt war.[3])

Ein Beispiel hierfür bietet die Entscheidung aus Band 65, S. 292.

Der Rendant der beklagten Genossenschaft hat von der Klägerin ein Darlehen von 10 000,— M. für Rechnung der Genossenschaft aufgenommen. Die dazu erforderliche Bevollmächtigung durch den Vor-

2) Die gleiche Voraussetzung machte, wenn auch nur stillschweigend, schon das ROHG.

3) In Band 43, Seite 189 scheint das RG. außer der Kenntnis bezw. fahrlässigen Unkenntnis von dem Auftreten des Angestellten noch ein Verschulden im Hinblick auf die durch den Rechtsschein hervorgerufene Täuschung des Dritten verlangt zu haben. Es stellt dort fest, daß die Beklagte nicht eine solche Kenntnis von dem Auftreten ihres Angestellten gehabt habe, daß ihr die Belassung desselben im Geschäft als Verschulden angerechnet werden könne. Falls das RG. mit dieser Feststellung besagt haben will — was aus der Entscheidung nicht deutlich hervorgeht — daß bei Kenntnis von dem äußeren Verhalten des Angestellten eine Haftung erst dann eintreten kann, wenn der Geschäftsherr die dadurch erfolgte Täuschung des Dritten gewollt hat oder hätte erkennen müssen, so bildet diese Entscheidung eine Abweichung von der üblichen Rechtsprechung. Im allgemeinen läßt das RG. als Voraussetzung der Haftung genügen, wenn der Geschäftsherr das Auftreten des „Vertreters" gekannt oder infolge von Fahrlässigkeit nicht gekannt hat, wobei zu beachten ist, daß diese Fahrlässigkeit kein Verschulden im Hinblick auf den täuschenden Erfolg des Rechtsscheins, sondern lediglich ein Verschulden im Hinblick auf die Unkenntnis von dem äußeren Verhalten des Angestellten darstellt. Auf die Feststellung, ob der Geschäftsherr bei seiner Kenntnis bezw. fahrlässigen Unkenntnis von dem äußeren Verhalten des Vertreters sich der Täuschung des Dritten bewußt war oder hätte bewußt sein müssen, hat das RG. im allgemeinen keinen Wert gelegt. Vgl. hierzu die Ausführungen unten § 11 S. 46 ff.

stand war nicht erfolgt. Der Rendant hat jedoch auch in anderen Fällen sehr oft über die Einnahme von Geldern allein quittiert. — Die Klägerin verlangt den noch ausstehenden Teil des Darlehens in Höhe von 5000,— M. Das OLG. hatte die Tatsache, daß der Rendant vielfach Geld für den Verein angenommen und die Quittung gezeichnet hatte, als unerheblich bezeichnet, weil nicht erhelle, daß dieses Verfahren dem Vorstand bekannt geworden sei und auch für die Folgezeit dessen Billigung befunden habe. Das RG. steht demgegenüber auf dem Standpunkt, daß es auf den Vollmachtswillen des Geschäftsherrn garnicht ankomme, weshalb auch die Kenntnis von dem Verhalten des „Vertreters" nicht erforderlich sei. „Fand dieses Verfahren unter Umständen statt, daß es die Mitglieder des Vorstandes wahrnehmen mußten, so kann der Beklagte mit der Entschuldigung, die Vorstandsmitglieder hätten es gleichwohl nicht wahrgenommen oder es sei ihnen nicht bewußt geworden, nicht gehört werden; er muß das Verhalten seines Vorstandes so gegen sich gelten lassen, wie es von denen, die mit dem Verein in geschäftlichen Beziehungen standen, nach Treu und Glauben aufgefaßt werden durfte. . . ."[4]) Das Reichsgericht verweist den Rechtsstreit zur anderweitigen Entscheidung an die Vorinstanz zurück.

Es ist also der Rechtsrechnung folgender Grundsatz zu entnehmen:

Die Haftung aus Scheinvollmacht hat zur Voraussetzung, daß der Geschäftsherr das Auftreten des Scheinbevollmächtigten kennt oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kennt.

Die letztgenannte Entscheidung bringt noch ein weiteres Merkmal der Haftung aus Scheinvollmacht zum Ausdruck. Das Gericht legt nämlich Wert auf die Feststellung, daß gemäß § 17 Abs. 2 des Genossenschaftsgesetzes das Verhalten der beklagten Genossenschaft nach den Grundsätzen zu beurteilen sei, die für den Verkehr mit Kaufleuten gelten. Daraus ist zu folgern, daß das Reichsgericht die entwickelten Grundsätze nur auf das Gebiet des Handelsverkehrs angewendet wissen will. Zwar lagen auch den Entscheidungen des ROHG. stets Handelsgeschäfte zugrunde, doch konnten aus dieser Tatsache keine Schlüsse

4) Der hier angeführte Satz des RG. enthält insofern einen Widerspruch, als zunächst mindestens fahrlässige Unkenntnis verlangt wird, am Schluß aber das Verhalten des „Vertretenen" lediglich nach objektiven Gesichtspunkten beurteilt wird. Wenn es nur auf die objektive Beurteilung ankommt, ist es unverständlich, daß die Entscheidung Wert legt auf die Feststellung, daß dem Vorstand das Verhalten des Rendanten bekannt sein mußte. Diese Inkonsequenz, die sich noch in einer Reihe weiterer Entscheidungen findet, läßt sich m. E. nur dadurch erklären, daß das RG. unter allen Umständen das Verhalten des Geschäftsherrn als stillschweigende Willenserklärung hinstellen will und deshalb vorgibt, einen objektiven Maßstab anzulegen, während es sich in Wirklichkeit gefühlsmäßig von subjektiven Erwägungen leiten läßt. Vgl. unten Seite 20.

gezogen werden, da das ROHG. naturgemäß nur mit Handelssachen befaßt war. Nachdem aber auch das RG. die einschlägige Rechtsprechung auf den Verkehr mit Kaufleuten beschränkt, ist aus dieser Tatsache zu folgern:

Die Haftung aus Scheinvollmacht ist auf das Gebiet des Handelsverkehrs beschränkt.[5])

Die Entscheidung aus Band 81, Seite 257 verdient deshalb hier genannt zu werden, weil das RG. in ihr zum erstenmal die §§ 171, 172 BGB. der analogen Anwendung für fähig erklärt und sich damit tatsächlich auf die allein richtige Begründung der einschlägigen Rechtsprechung festlegt.[6])

Die Kläger sind Testamentsvollstrecker für den Nachlaßanteil des K. L. Zu diesem Anteil hatten u. a. drei Briefgrundschulden gehört. Die darüber ausgefertigten Briefe waren mit anderen Wertpapieren vor langer Zeit von den früheren Testamentsvollstreckern dem Rechtsanwalt J. zur Verwaltung und Aufbewahrung übergeben worden. In den Jahren 1901 und 1902 waren dem J. von den früheren Testamentsvollstreckern ferner eine Anzahl mit deren Unterschriften versehener Abtretungsformulare ausgehändigt worden, die bei der Abtretung anderer als der oben bezeichneten Grundschulden verwendet werden sollten. Mit Hilfe dieser Formulare übertrug J. auftragswidrig die drei Grundschulden auf die Beklagte. Die Kläger verlangen nunmehr Herausgabe der Grundschuldbriefe, da J. zur Uebertragung nicht bevollmächtigt gewesen sei.

Das RG. führt in der Begründung des abweisenden Urteils aus, daß von den früheren Testamentsvollstreckern durch die Aushändigung der Abtretungsformulare jedem Dritten gegenüber die Erklärung abgegeben worden sei, daß sie den J. bevollmächtigt hätten. „Wer einem anderen Grundschuldbriefe und zugleich unterschriebene Abtretungsformulare anvertraut, gibt damit nicht nur dem anderen, sondern auch jedem Dritten, der sich mit ihm einläßt, in der Regel zu erkennen, daß er den Urkundeninhaber zur freien Verfügung über jene Grundschuldbriefe ermächtigt habe." Mit dem Hinweis auf die Analogie zu den §§ 171, 172 BGB. erklärt das Gericht die Klage für unbegründet. Entsprechend seiner bis dahin befolgten Methode hätte es etwa ausführen müssen, daß die Testamentsvollstrecker durch Aushändigung der Briefe und Formulare den J. nach der Auffassung des Verkehrs stillschweigend

5) Von diesem Grundsatz ist das RG. jedoch in Ausnahmefällen abgewichen. Ein solcher Fall ist in der unter Seite 21 Anmerkung 17 genannten Entscheidung zu erblicken.

6) Vgl. Jakobi in JW. 25, 2449.

zur Uebertragung der Grundschulden ermächtigt hätten. Da das Gericht aber Schwierigkeiten gehabt hätte, die nach seiner bisherigen Rechtsprechung erforderlichen Voraussetzungen festzustellen (Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der früheren Testamentsvollstrecker von der Handlungsweise des J. ist nicht ersichtlich!), so kam es m. E. notgedrungen auf den auch zur Begründung der übrigen Entscheidungen allein richtigen Weg der Analogie zu den §§ 171, 172 BGB.

Leider ergibt sich schon aus der nächsten Entscheidung — veröffentlicht im Warn. Rspr. 1914, Nr. 38, — daß das RG. den beschrittenen Weg nicht fortgesetzt hat. Es geht in ihr wieder von der stillschweigenden Bevollmächtigung aus und prüft deren Voraussetzungen. Aber nicht diese Tatsache ist der Grund dafür, daß das Urteil hier besprochen werden soll. Die Entscheidung ist deshalb nennenswert, weil sie eine weitere Voraussetzung für die Haftung aus Scheinvollmacht zum Ausdruck bringt. Es handelt sich um folgenden Sachverhalt.

Der Beklagte stand jahrelang mit dem Mützenfabrikanten B. in Geschäftsverbindung. In deren Verlauf stellte B. des öfteren Wechsel auf den Beklagten aus und akzeptierte mit dessen Namen. Der Beklagte duldete diese Handlungsweise, indem er die Wechsel stets einlöste. Anfang des Jahres 1912 stellt B. wiederum vier Wechsel auf den Beklagten aus. Die Klägerin diskontierte diese Wechsel und verlangt nun von dem Beklagten Zahlung der Wechselsumme und der Nebenforderungen.—

Das Berufungsgericht hat in tatsächlicher Hinsicht festgestellt, daß der Klägerin unbekannt war, daß die Akzepte nicht von dem Beklagten persönlich, sondern von B. geleistet worden waren. Die Klägerin sei vielmehr der Meinung gewesen, der Beklagte selbst habe die Unterschriften geleistet. Das RG. verneint die Haftung des Beklagten aus dem Gesichtspunkt der Scheinvollmacht, da die Klägerin nicht auf den Schein der Vollmacht vertraut habe und dieser für den eingetretenen Schaden daher nicht kausal sei. Daraus ist der Grundsatz zu folgern:

> Die Haftung des Geschäftsherrn tritt nur dann ein, wenn der Dritte auf den Rechtsschein der Vollmacht vertraut hat, dieser also mit dem eingetretenen Schaden in ursächlichem Zusammenhang steht. [7])

7) Ebenso wie der Grundsatz, daß die Haftung aus Scheinvollmacht ausgeschlossen ist, wenn der Dritte hinsichtlich des mangelnden Bevollmächtigungswillen bösgläubig ist, so ist auch der Grundsatz des Kausalzusammenhangs mit der folgerichtigen Durchführung der Konstruktion von der stillschweigenden Bevollmächtigung nicht vereinbar. Vgl. Seite 29.

§ 4

Nachdem nunmehr sämtliche Grundsätze, die die Praxis der obersten Gerichte für das Gebiet der sog. Scheinvollmacht entwickelt hat, aus den besprochenen Entscheidungen herausgeschält worden sind, sollen in folgendem noch einige Urteile genannt werden, die für Handel und Verkehr besondere Bedeutung haben und deren Begründung in der Literatur Gegenstand lebhafter Erörterung gewesen ist[1]).

Praktisch außerordentlich wichtig und in Literatur und Rechtsprechung[2]) häufig behandelt ist die Frage nach der Haftung des Rechtsanwaltes für Zahlungen, die an seinen Bürovorsteher geleistet worden sind. Ein solcher Fall ist in RG. J. W. 1922, 1315 entschieden worden.

Die beklagte Bank hatte von der Klägerin den Auftrag erhalten an den Rechtsanwalt M. 10.000.— Mk. zu zahlen. Sie ließ diesen Betrag durch ihren Boten auf die Schreibstube des Rechtsanwalts bringen. Der Bote händigte das Geld dem dort beschäftigten Registrator S. aus, der es unterschlug. Die zu entscheidende Frage ist, ob die Bank durch die Leistung an S. der Klägerin gegenüber befreit worden ist.

Es ist festgestellt worden, daß die Beklagte vor der Auszahlung des Geldes an S. nicht mit dem Rechtsanwalt M. in Geschäftsverbindung gestanden hat, daß sie zu dieser Zeit auch nicht unterrichtet war über die Verhältnisse in dem Büro des Rechtsanwalts, insbesondere nicht darüber, welche Anordnungen letzterer gegenüber seinen Angestellten betreffend die Empfangnahme von Geldern ausdrücklich oder stillschweigend getroffen hat. — Die Beklagte wußte auch nicht, daß der Bürovorsteher des Rechtsanwalts zu der fraglichen Zeit erkrankt und S. nur sein Stellvertreter war.

Das RG. weist die Revision gegen das verurteilende Erkenntnis des Berufungsgerichts zurück. Es verneint das Vorliegen einer dem S. stillschweigend erteilten Inkassovollmacht. Denn die Beklagte habe vor der Hingabe des Geldes weder von einem Verhalten des S., das den Schein einer Vollmacht erregt haben könnte, noch von einem Verhalten des Rechtsanwalts M., das auf eine konkludente Vollmachtserteilung schließen ließe, Kenntnis gehabt. Das RG. vermißt also das Erfordernis des Kausalzusammenhangs zwischen dem Vertrauen auf den Rechts-

1) Am Schluß der Arbeit sollen diese Entscheidungen anhand der für richtig befundenen Begründung (analoge Anwendung der §§ 171, 172 BGB.) kritisch gewürdigt werden.

2) Vgl. Albrecht, JW. 1908, 729; Friedländer, RAO. Exkurs vor § 30, Anm. 35; JW. 1921, 460.

schein und dem Abschluß des Rechtsgeschäfts mit dem Scheinbevollmächtigten.[3]) Im übrigen verneint das RG. einen allgemeinen Grundsatz des Inhalts, daß die Bürovorsteher von Rechtsanwälten oder deren Stellvertreter unterschiedslos ermächtigt seien, alle im Büro eingehenden Zahlungen für den Anwalt anzunehmen. Es läßt für den Inhalt und Umfang der Scheinvollmacht die lokale Verkehrsanschauung und die Verhältnisse des einzelnen Falles maßgebend sein.

Die folgende Entscheidung (RG. 105, 183) betrifft einen der praktisch sehr wichtigen Fälle, die Baer in den Ausdruck „Blankettmißbrauch" zusammengefaßt hat.[4])

Die Klägerin bot am 23. Januar 1920 auf Papierabfälle, die ihr vom Beklakten angeboten waren, 55.— Mk. pro 100 Kilo bei Lieferung von 8000 bis 10000 Kilo. Am 27 Januar 1920 erhielt sie eine mit dem gedruckten Namen des Beklagten unterzeichnete, von dessen Buchhalter W. ausgefüllte Postkarte folgenden Inhalts: „Auf Grund ihrer werten Karte vom 23. d. Mts. werde ich in nächster Zeit eine Ladung an ihre Adresse zum Versand bringen." Daraufhin übersandte die Klägerin dem Beklagten eine schriftliche Kaufbestätigung, die der Buchhalter W. jedoch mit dem Bemerken zurückschickte, daß er zum Verkauf der Papierabfälle nicht berechtigt gewesen sei und er das Geschäft in Abwesenheit seines Prinzipaals abgeschlossen habe. Die Klägerin klagt nach Ablauf einer gem. § 326 BGB. gesetzten Frist auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung. — In tatsächlicher Hinsicht ist festgestellt worden, daß der Beklagte dem W. auf das Gebot der Klägerin vom 23. Januar 1920 die Antwort diktiert hatte, er wolle später auf die Angelegenheit zurückkommen. Entgegen dieser Anweisung hat W. jedoch die Karte vom 27. Januar an die Klägerin abgeschickt.

Das RG. ist im Gegensatz zu beiden Vorderrichtern der Ansicht, daß eine Haftung des Beklagten einzutreten habe. Es führt aus, daß nach der äußeren Erscheinung der Beklagte selbst, nicht W. die Erklärung auf der Postkarte abgegeben habe. Es sei deshalb zu prüfen, ob nicht der Beklagte die Erklärung so gegen sich gelten lassen müsse, wie die Klägerin sie nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte auffassen durfte und aufgefaßt habe. „Hat der Angestellte die Karte auftragswidrig ausgefüllt, so berührt das den gutgläubigen

3) Es ist interessant, festzustellen, daß Friedländer (siehe die Anm. zu RG. JW. 1922 1315) den oben S. 13 Anm. 7 festgestellten Fehler in der Rechtssprechung erkannt hat. Befangen von der Konstruktion der stillschweigenden Bevollmächtigung kann er sich diesen Fehler nicht erklären! Siehe auch unten S. 29

4) Baer, Haftung aus Scheinvollmacht, Abschnitt III. Der Verfasser versteht unter „Blankettmißbrauch" den unrechtmäßigen Gebrauch von Briefpapier, Stempel, Drucksachen, Bestellscheinen usw.

Empfänger zunächst nicht. Wer es zuläßt, daß auf derartigen Postkarten oder auf Blanketten wichtige geschäftliche Mitteilungen hinausgehen, tut das auf seine Gefahr und muß sich durch sorgfältige Ueberwachung gegen Mißbrauch schützen.[5])

Als nächstes Beispiel aus der Rechtsprechung folgt eine Entscheidung, die die praktisch wichtige Frage behandelt, ob ein Kaufmann für solche Erklärungen haftet, die seine Angestellten unbefugt mittels Fernsprecher abgeben; (RG. „Recht" 1924, Nr. 597). Der heutige Stand der Rechtsprechung wird durch den Satz gekennzeichnet: „Wer sich des Fernsprechers bedient, ist nicht der Aufgabe enthoben, sich zu vergewissern, mit wem er verhandelt und ob der Betreffende zu den abgegebenen Erklärungen befugt ist." Es ist nicht feststehende Anschauung des Verkehrs, daß jeder, der am Fernsprecher namens des Geschäftsinhabers eine Erklärung abgibt, innerhalb einer ihm zustehenden Vertretungsmacht handelt. Es fehlt also zur Haftung aus Scheinvollmacht an einem objektiv schutzwürdigen Rechtsschein.[6])

Von großer Wichtigkeit und von Praxis und Wissenschaft oft behandelt ist die Frage, ob die Grundsätze der Scheinvollmacht Anwendung zu finden haben auf die Verpflichtungen von öffentlichen Sparkassen und Behörden etc. [7]) Schwierigkeiten bereitet insbesondere die Frage, ob gegenüber Satzungsbestimmungen von Sparkassen und sonstigen Normen des öffentlichen Rechts, die für die Bevollmächtigung von Kassenbeamten eine bestimmte Form vorschreiben, die Grundsätze der Haftung aus Scheinvollmacht Bedeutung haben.

Es soll vorweg gesagt werden, daß die Entscheidungen des RG. insoweit keine einheitliche Linie aufweisen. Eindeutig ist der Standpunkt nur in den Fällen, in denen nach der Satzung der betreffenden Anstalt eine formlose Bevollmächtigung allgemein zulässig ist. Ein solcher Fall ist im Warn. Rspr. 192/234 Nr. 157 entschieden worden.

5) In den Fällen des sog. Blankettmißbrauchs kann man aus dem Gesichtspunkt der Scheinvollmacht nur dann zu einer Haftung des Geschäftsherrn kommen, wenn das scheinbare Vertretungsverhältnis zum Ausdruck gekommen ist und der Dritte darauf vertraut hat. Liegt nach außen hin nur eine Erklärung des Geschäftsherrn selbst vor, wie in vorliegendem Fall, kann eine Haftung nach den entwickelten Grundsätzen mangels Kausalzusammenhangs nicht eintreten. Alsdann haftet der Geschäftsherr nur, wenn ihm der Blankettmißbrauch bekannt war, sei es daß man die Haftung hier aus dem Gesichtspunkt der stillschweigend erteilten Vollmacht in Verbindung mit § 116 oder aus § 826 BGB. begründet. Nimmt man eine stillschweigend erteilte Vollmacht an, so kommt ein für den Geschäftsherrn wirksames Rechtsgeschäft auch dann zustande, wenn der Dritte irrtümlich den Angestellten für den Prinzipal gehalten hat; vgl. RG. 67, 149. In den Fällen, in denen das Vertretungsverhältnis nicht zum Ausdruck gekommen ist und der wirkliche Geschäftsherr den Blankettmißbrauch aus Fahrlässigkeit nicht gekannt hat, kann eine Haftung des letzteren überhaupt nicht eintreten.

6) Ueber die frühere abweichende Ansicht Staub's s. unten S. 63.

7) Vgl. z. B. Heymann, a.a.O. S. 287 ff.

Es handelt sich um die Haftung für eine Verpflichtungserklärung, die zwei nicht bevollmächtigte Angestellte einer städtischen Sparkasse dem Kläger gegenüber im Akkreditiv-Verkehr abgegeben haben. — Das Gericht stellt zunächst fest, daß die Sparkasse, soweit sie gewerbsmäßig Bankiergeschäfte betreibt, als Kaufmann gemäß § 1 Nr. 4 HGB. anzusehen und deshalb den Grundsätzen des Handelsverkehrs unterworfen sei.[8])

Aus der Satzung ergibt sich, daß die Sparkasse von einem aus drei Mitglieder der Stadtverordnetenversammlung bestehenden Vorstand (Deputation) verwaltet wird; (§ 3). Der Vorstand vertritt die Sparkasse bei allen gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften, hat aber die Befugnis, für einzelne Fälle und bestimmte Arten von Geschäften Bevollmächtigte zu bestellen; (§ 4, Abs. 1). Es fragt sich also, ob eine Bevollmächtigung in diesem Rahmen verfügt worden ist.

Für eine ausdrückliche Bevollmächtigung hat das Berufungsgericht keine Tatsachen festgestellt. Das RG. führt jedoch entsprechend seiner früheren Rechtsprechung aus: „Nun muß es allerdings insbesondere im Bereich des Handelsverkehrs auch beim Fehlen der Vertretungsmacht der Prinzipal grundsätzlich gegen sich gelten lassen, wenn unter seiner Duldung der Angestellte nach außen hin so aufgetreten ist, als ob er Vertretungsmacht hätte. Dafür genügt auch stillschweigende Duldung, ist aber regelmäßig vorausgesetzt, daß der Prinzipal Kenntnis vom Auftreten des Nichtbevollmächtigten als Bevollmächtigter hat. Auf den Mangel dieser Kenntnis kann sich der Prinzipal indessen grundsätzlich dann nicht berufen, wenn er von jenem Auftreten des Nichtbevollmächtigten bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt hätte wissen müssen: er muß sein Gewährenlassen objektiv — gleich einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung — so gegen sich gelten lassen, wie es der Gegner nach Treu und Glauben verstehen durfte."[9])

Das RG. spricht sich also grundsätzlich für die Haftung der Gemeinde aus. Es vermißt jedoch die Feststellung, daß es sich bei der unbefugten Zeichnung der Kassenbeamten nicht um ein vereinzeltes Vorkommnis handelt, da ein solches allein nicht genüge, um die Annahme einer Duldung im erörterten Sinne (also eines objektiv schutzwürdigen Rechtsscheins!) oder den Vorwurf einer unzulänglichen Ueberwachung zu tragen. Die Sache wird deshalb zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Berufsgericht zurückverwiesen.

8) Mit dieser Feststellung genügt das Gericht dem Grundsatz, daß die Haftung aus Scheinvollmacht auf das Gebiet des Handelsverkehrs beschränkt ist.
9) Auch hier findet sich also der bereits oben S. 11 Anm. 4 festgestellte Widerspruch.

Die besprochene Entscheidung behandelt — wie gesagt — den Fall, daß nach der Satzung der Sparkasse eine Bevollmächtigung allgemein zulässig ist. In den Fällen, in denen die Satzung bestimmte Voraussetzungen vorschreiben (z. B. § 137 Abs. 3 Pr. Kreis O. von 1872, § 88 Abs. 4, Pr. Landgem. O. von 1898, § 56, Nr. 8, Pr: Städte O. v. 1853 u. a.) ist die Rechtsprechung nicht einheitlich. Das RG. steht überwiegend auf dem Standpunkt, daß die kommunalrechtlichen Bestimmungen, soweit sie sich mit der Art befassen, in der öffentliche Körperschaften Verpflichtungen übernehmen können, zum Schutze der betreffenden Körperschaften gegeben sind und selbst dem öffentlichen Recht angehören.[10]) Daraus ist der Schluß zu ziehen, daß die Grundsätze der Haftung aus Scheinvollmacht als Bestandteile des bürgerlichen Rechts diesen Vorschriften gegenüber nicht zur Anwendung gebracht werden dürfen . In ihrer ganzen Konsequenz wird diese Schlußfolgerung vom RG jedoch nicht gezogen. Eine Ausnahme wird z. B. gemacht für „Geschäfte der laufenden Verwaltung". [11]) [12])

Als letzte der praktischen Entscheidungen seien noch zwei Fälle besprochen, deren Tatbestände oft im Handelsverkehr vorkommen. Es handelt sich um die Frage, ob und wann die Haftung aus Scheinvollmacht eintritt, wenn ein nichtbevollmächtigter Angestellter Wechselverbindlichkeiten eingeht. Die Frage ist deshalb zweifelhaft, weil gem. § 54 Abs. 2 HGB. die Handlungsvollmacht zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten besonders erteilt werden muß. Grundsätzlich ist insoweit folgendes zu sagen.

§ 54, Abs. 1 HGB. regelt lediglich den Umfang der Haftung des Prinzipals für Rechtshandlungen seiner Angestellten; er setzt stets voraus, daß entweder eine Vollmacht — ausdrücklich oder stillschweigend — erteilt worden ist, oder daß die Voraussetzungen der Scheinvollmacht vorliegen.[13]) § 54, Abs. 2 will nun den in Abs. 1 bestimmten Umfang der Haftung für solche Geschäfte, „die der Betrieb eines derartigen Handelsgewerbes . . . . . gewöhnlich mit sich bringt", einschränken und verlangt daher u. a. zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten besondere Bevollmächtigung. Das soll nicht bedeuten, daß eine solche

10) Vgl. RG. 64,414; 67,269; 89,433; 104,205.
11) Vgl. Heymann a.a.o.
12) Vgl. RG. 115 316; 104,205; JW. 1912,96 und 925. Eine weitere Abschwächung liegt zum Beispiel in RG 123,351 - JW. 1929,1135 vor, wo die Haftung aus dem Gesichtspunkt der positiven Vertragsverletzung bejaht wird. Diese Begründung kehrt übrigens in all den Fällen wieder, in denen außer dem durch den vollmachtlosen Vertreter abgeschlossenen Geschäft schon ein anderes Vertragsverhältnis vorliegt (z.B. Scheck- oder Diskontvertrag).
13) Vgl. oben S. 4 Anm. 3; § 54 selbst bildet also keinen Fall von gesetzlicher Scheinvollmacht.

Bevollmächtigung nur ausdrücklich geschehen kann; es soll dadurch lediglich gesagt werden, daß eine Ermächtigung zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten nicht schon kraft Gesetzes in einer erteilten Handlungsvollmacht entlassen ist. Es kann also auch insoweit eine stillschweigende Bevollmächtigung erfolgen oder eine Haftung aus dem Gesichtspunkt der Scheinvollmacht eintreten. Im letzteren Falle wird man jedoch mit Rücksicht auf die außerordentliche Natur einer Wechselverbindlichkeit eine starke objektive Intensität des Rechtsscheins und eine erhöhte Sorgfaltspflicht des Dritten verlangen müssen. „Da die Eingehung wechselrechtlicher Verbindlichkeiten im Geschäftsleben als etwas besonders Schwerwiegendes angesehen wird, so wird man Bedenken tragen, eine Vollmacht dazu aus der Duldung des Geschäftsherrn von Rechtsgeschäften zu entnehmen, die in ihrer Bedeutung und Wichtigkeit mit solchen wechselrechtlicher Natur nicht verglichen werden können."[14])

Die zu besprechende Entscheidung (RG. 117, 164) behandelt folgenden Sachverhalt. Die Beklagte ist Akzeptantin des eingeklagten Wechsels. Das Akzept ist mit der Firma der Beklagten von dem Angestellten Dr. H. gezeichnet. Dr. H. war zwar nicht Geschäftsführer der beklagten Genossenschaft, leitete jedoch deren Geschäftsstelle Spandau völlig selbständig. In den letzten zwei Jahren vor Ausstellung des Klagewechselt hat er in etwa 10 Fällen Kundenwechsels giriert. Ein Teil dieser Wechsel ist nach Vollziehung des Giros an die Hauptniederlassung der Beklagten gelangt, die die Wechselzeichnung des Dr. H. nicht beanstandet hat.

Die Entscheidung des Rechtsstreits ist von der Frage abhängig, ob in der Duldung der Wechselzeichnung des H. eine stillschweigende Ermächtigung zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten zu erblicken ist. Das RG. bejaht diese Frage, wobei es — im Gegensatz zum Berufungsgericht — der Unterscheidung zwischen Wechselgiro und Wechselakzept keine Bedeutung beimißt. Es führt aus, daß die beiden wechselrechtlichen Willenserklärungen unter dem Begriff „Eingehung von Wechselverbindlichkeiten" fielen. Der Allgemeinheit könne nicht eine Unterscheidung dahin zugemutet werden, daß ein Geschäftsherr, der die Girierung von Wechseln durch seinen Angestellten duldet, möglicherweise nicht damit einverstanden sei, daß dieser auch Akzepte für die Firma ausstellt.

Die letzte Entscheidung (RG. LZ. 1930, 1238) behandelt einen Fall, in dem die Haftung aus Scheinvollmacht mangels Verschulden in der Person des Geschäftsherrn versagt worden ist.

14) RG. „Recht" 1918 Nr. 765.

Die von der Klägerin eingeklagten Wechsel sind allein von dem Angestellten K. der beklagten Genossenschaft ausgestellt, akzeptiert oder giriert worden. K. besaß keine allgemeine Vollmacht zur Eingehung von Wechselverbindlichkeiten. Er war lediglich zwecks Weitergabe der von den Genossen zur Diskontierung angenommenen Wechsel an die Genossenschaft befugt, jedoch auch in diesem Falle nur zusammen mit einem Vorstandsmitglied.

Der Berufungsrichter hält für widerlegt, daß die Beklagte jemals einen von K. allein gezeichneten Wechsel honoriert hat; er stellt vielmehr fest, daß K. die unberechtigte Wechselzeichnung sorgsam vor dem Vorstand verborgen gehalten, auch in den Büchern nicht wahrnehmbar gemacht und die Zeichnung selbst stets außerhalb der Büroräume vorgenommen hat. Daraus folgert das RG., daß die Unkenntnis des Vorstandes von der Handlungsweise des K. nicht auf Fahrlässigkeit beruht. Die Haftung wird deshalb verneint.

Das Ergebnis des historischen Teils der Arbeit kann folgendermaßen zusammengefaßt werden:

> Die übereinstimmende Praxis des Reichsoberhandels-Gerichts und des Reichsgerichts hat in allmählicher Entwicklung für die Haftung aus Scheinvollmacht ganz bestimmte Voraussetzungen geschaffen, deren Vorliegen heutzutage bei der Entscheidung eines einschlägigen Sachverhalts in der gleichen Weise geprüft wird, wie in anderen Fällen das Vorliegen gesetzlicher Tatbestandsmerkmale.

Die entwickelten Grundsätze sind folgende:

1.) Die Haftung aus Scheinvollmacht setzt das Vorliegen eines objektiv schutzwürdigen Rechtsscheins (rechtfertigender Tatbestand!) voraus. Die Praxis lehnt jegliche Haftung ab, wenn der Dritte — und wäre er noch so gutgläubig — ohne objektiv rechtfertigenden Tatbestand an das Vorhandensein einer Vollmacht geglaubt hat.[15]) Die Grundlage für die Entscheidung darüber, ob ein objektiv schutzwürdiger Rechtsschein vorliegt oder nicht, ist in dem in die äußere Erscheinung getretenen Verhalten des „Vertreters" bezw. des Geschäftsherrn gegeben.[15a]) Den Maßstab bilden die im Handelsverkehr üblichen Gebräuche und Anschauungen.
2.) In subjektiver Beziehung wird in der Person des „Vertretenen" vorausgesetzt, daß er das Verhalten des „Vertreters" kennt oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kennt. — Diese Voraussetzung wird in den einschlägigen Entscheidungen stets zum Gegenstand eingehender Unter-

15) Siehe oben S. 6.
15a) Vgl. die Ausführungen unten S. 45 f.

suchung gemacht, obwohl das Reichsgericht in dem oft zitierten Satz aus Band 65, S. 295 erklärt hat, es komme allein darauf an, wie das ganze Verhalten des Vertretenen in Ansehung der Handlungen des Vertreters von dem mit diesem kontrahierenden Dritten aufgefaßt werden müßte, ob es von ihm nach Treu und Glauben dahin gedeutet werden dürfte, daß der Vertretene bei Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt von dem Verhalten des Vertreters Kenntnis haben müsse und es dulde.[16]) 3.) In der Person des Dritten wird vorausgesetzt, daß er hinsichtlich der fehlenden Vollmacht gutgläubig ist, d. h., daß er den Mangel der Bevollmächtigung weder kennt noch kennen muß. — Für diese Voraussetzung bleibt neben dem Erfordernis des objektiv rechtfertigenden Tatbestandes insofern noch Raum, als der Dritte infolge persönlicher Beziehungen trotz des objektiven Rechtsscheins vielleicht die Wirklichkeit kennt oder kennen muß.

4 .)Der Dritte muß ferner beim Kontrahieren mit dem Scheinbevollmächtigten im Vertrauen auf den Rechtsschein gehandelt haben. Objektiv rechtfertigender Tatbestand und Geschäftsabschluß müssen zueinander in ursächlichem Zusammenhang stehen. Waren dem Dritten z. B. die Tatsachen, die den Rechtsschein begründen, unbekannt oder hat er den Scheinbevollmächtigten gar nicht als Vertreter, sondern als Geschäftsherrn angesehen, so kann eine Haftung aus dem Gesichtspunkt der Scheinvollmacht nicht eintreten.[16a])

5.) Endlich muß das zwischen dem „Vertreter" und dem Dritten abgeschlossene Geschäft ein Handelsgeschäft sein, d. h. jeder der beiden Vertragspartner, mindestens aber der Geschäftsherr muß Kaufmannseigenschaft besitzen. Dieser Grundsatz hat neuerdings insoweit eine Lockerung erfahren, als auch Nichtkaufleute, deren Geschäftsbetrieb eine kaufmännische Leitung erfordert, für haftpflichtig erklärt worden sind. [17])

Was die rechtliche Begründung der Haftung aus Scheinvollmacht angeht, so ist festzustellen, daß sich die Praxis der oberen Gerichte fast ausschließlich auf die Konstruktion der stillschweigenden Bevollmächtigung stützt.

16) Auf diesen Widerspruch ist bereits oben S. 11 Anm. 4 hingewiesen worden.
16a) Auch diese Voraussetzung verträgt sich, ebenso wie die vorherziehende, nicht mit der Konstruktion der stillschweigenden Bevollmächtigung: vgl. unten Seite 29.
17) Vgl. RG. JW. 1927 S. 1089.

II. Teil.

§ 5

Die aus der Praxis der oberen Gerichte entwickelten Grundsätze auf dem Gebiet der sog. Scheinvollmacht sind inzwischen Allgemeingut auch der unteren Gerichte geworden. Man brauchte sich daher nicht zu scheuen, zur rechtlichen Begründung der einschlägigen Rechtsprechung die Feststellung zu treffen, daß die Grundsätze Gewohnheitsrecht geworden sind.[1]) Da sich das RG. jedoch scheut, diese Feststellung zu treffen, sondern glaubt, im gesetzten Recht eine Stütze für seine Rechtsprechung zu haben, soll die Begründung des RG. einer kritischen Betrachtung unterzogen werden.[2]) Es ist bereits im I. Teil der Arbeit erwähnt worden, daß die Praxis des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts die Haftung aus Scheinvollmacht aus dem Gesichtspunkt der stillschweigenden Vollmachtserteilung begründet. Es ist nun interessant, zunächst einen kurzen Blick auf die historische Entwicklung dieser Begründung zu werfen, bevor die Konstruktion selbst aufgebaut und kritisch betrachtet wird.

Die ersten Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, in denen wir die frühesten praktischen Beispiele auf diesem Gebiete fanden, enthalten den Hinweis auf eine stillschweigend erteilte Vollmacht nicht. Sie begründen die Haftung des Geschäftsherrn für die Rechtshandlungen seiner Angestellten mit der Verletzung der Pflicht, dem Schein der Vollmacht entgegen zu wirken. Die Pflicht selbst leiten sie aus Treu und Glauben im Handelsverkehr ab. Auf eine Begründung aus gesetztem Recht verzichten diese Entscheidungen, doch findet sich in ihnen des öfteren der Hinweis auf die actio institoria des römischen Rechts.[3]) Die Konstruktion der stillschweigenden Bevollmächtigung findet sich zum ersten Mal in der Entscheidung des ROHG. vom 16. September 1873 (Band XI. S. 31). Ganz sicher erscheint diese Begründung dem Ge-

1) Auf diese Möglichkeit der rechtlichen Begründung hat Heymann, a.a.o. S. 327 hingewiesen. Es soll hier zwar nicht verkannt werden, daß ein ständiger Gerichtsgebrauch nur dann rechtsbegründend ist, wenn für ihn alle Erfordernisse des Gewohnheitsrechts zutreffen d. h. wenn die Praxis auf einer gleichförmigen dauernden, allgemein auf dem Rechtswillen des Volkes aufbauenden und nicht lediglich den Ausdruck eines Irrtums bildenden Uebung beruht; (Enneccerus, I 1 § 39 II und § 36). Es dürfte jedoch keine Schwierigkeiten machen, diese Erfordernisse des Gewohnheitsrechts auf dem Gebiete der Scheinvollmacht festzustellen.

2) Ueberdies ist es nach Ansicht des Verfassers nicht einmal nötig, auf das Gewohnheitsrecht als das letzte Mittel der Rechtsentwicklung zurückzugreifen. Der IV. Teil der Arbeit wird zeigen, daß das Mittel der analogen Anwendung geltenden Rechts, von dem immer noch zu wenig Gebrauch gemacht wird, durchaus genügt, um die vorliegende Praxis mit einer rechtlichen Begründung zu unterbauen.

3) Vgl. z.B. die Entscheidung ROHG. Band 5, S. 207.

rich jedoch nicht, denn es spricht am Schluß der Entscheidung den einschränkenden Satz aus, daß das Verhalten des Geschäftsherrn möglicherweise nur die Folge habe, daß der Gegner des Beweises spezieller Bevollmächtigung enthoben sei.[4]) Jedenfalls wird von dem Zeitpunkt dieser Entscheidung ab in den Urteilen sowohl des ROHG. als auch des RG. zur Begründung der Haftung aus Scheinvollmacht fast ausschließlich auf die stillschweigende Bevollmächtigung verwiesen. Es soll jedoch nicht unerwähnt bleiben, daß das RG. es mit der folgerichtigen Konstruktion dieser Begründung nicht ernst nimmt. Es finden sich in den Entscheidungen öfters Bemerkungen, die darauf schließen lassen, daß das RG. die Haftung gefühlsmäßig um des billigen Ergebnisses willen eintreten läßt und seine Entscheidung nachträglich in die Form der stillschweigenden Bevollmächtigung hineinpreßt.[5]) Die viel zitierte Entscheidung aus Band 65, S. 292 erwähnt die stillschweigende Bevollmächtigung überhaupt nicht. Sie enthält sogar den Satz: „Es kommt also darauf an, ob ihm (d. h. dem Vertreter) die Ermächtigung dazu durch Vollmacht des Vereinsvorstandes erteilt, oder ob er wenigstens nach außen als dazu ermächtigt anzusehen war." Es wird also eine ausdrücklich oder stillschweigend[6]) erteilten Vollmacht der Rechtsschein einer Vollmacht gleichgestellt! — Daß das RG. auch bereits den bescheidenen Versuch gemacht hat, seiner Rechtsprechung eine andere Begründung zu geben, beweist die oben S. 12 ff. zitierte Entscheidung aus Band 81, S. 230, in der auf die analoge Anwendung der §§ 171, 172 BGB. hingewiesen wird.[7])

§ 6

Es soll nun durchaus nicht geleugnet werden, daß eine Vollmacht grundsätzlich durch stillschweigende (konkludente) Willenserklärung erteilt werden kann. — Eine Vollmacht wird begründet durch einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung.[1]) Eine solche besteht aber nicht nur aus den zum Zweck der Erklärung gebrauchten Worten oder sonstigen verkehrsüblichen oder verabredeten Erklärungszeichen; sie kann auch aus dem gesamten übrigen Verhalten des Erklärenden unter ge-

4) Vgl. oben S. 8 f.
5) Abgesehen davon verträgt sich auch die Mehrzahl der im I. Teil entwickelten Grundsätze nicht mit der Konstruktion der stillschweigend erteilten Vollmacht, wie weiter unten darzulegen ist.
6) Beide Fälle sind natürlich in dem Ausdruck der Vollmachtserteilung einbegriffen!
7) Die Fälle in denen die Haftung aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo begründet wird, stützen sich auf besondere Vertragsverhältnisse und haben mit der Haftung aus Scheinvollmacht nichts zu tun!
1) Die abweichende Ansicht (Vollmachtserteilung durch Vertrag), wie sie z. B. von Seeler a.a.o. vertritt, braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht widerlegt zu werden.

wissen Umständen gefolgert werden. „Die Willenserklärung braucht auch nicht notwendig durch ein Verhalten (Worte, Handlungen) zu erfolgen, das sich direkt auf die Erklärung dieses Willens richtet, die Erklärung dieses Willens also zum nächsten Zweck hat. Der Wille kann vielmehr auch indirekt erklärt werden durch Worte oder Handlungen, die zunächst einen anderen Zweck verfolgen, aus denen aber doch auf den Geschäftswillen geschlossen werden kann (schlüssiges Verhalten, facta concludentia)."[1a]) Unter Umständen kann auch in dem bloßen Stillschweigen eine Willenserklärung gefunden werden. Bei einer solchen Annahme ist jedoch große Vorsicht erforderlich. Im Schweigen liegt nur dann eine Zustimmung, wenn sich der Schweigende bewußt war, daß sein Schweigen im Verkehr als Zustimmung aufgefaßt werden dürfe und auch so aufgefaßt werde. Will der Schweigende in einem solchen Fall diese Auffassung dennoch nicht gelten lassen, so ist seine Absicht als geheimer Vorbehalt bedeutungslos.[2])

Wenn also keine bestimmte Form für eine Willenserklärung gefordert wird und nicht etwa das Gesetz eine ausdrückliche Erklärung verlangt (wie z. B. bei Erteilung der Prokura!), so ist regelmäßig auch eine stillschweigende Willenserklärung zulässig. Daraus folgt, daß auch grundsätzlich eine stillschweigende Vollmachtserteilung möglich ist.[3])

Wie baut nun das RG. in der einschlägigen Rechtsprechung die Konstruktion der stillschweigende Bevollmächtigung auf? Wie verhalten sich dazu die von der Praxis tatsächlich aufgestellten Voraussetzungen für die Haftung aus Scheinvollmacht?

Nach geltendem Recht wird Vollmacht erteilt durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll (§ 167 Abs. 1 BGB). Das RG. sieht nun in dem Verhalten des Vertretenen eine Bevollmächtigungserklärung gegenüber dem Dritten, der mit dem Bevollmächtigten in Verbindung tritt; vgl. RG. 81, 260. Diese Ansicht läßt sich in den Fällen vertreten, in denen das Verhalten des Vertretenen, aus welchem auf den Erklärungswillen geschlossen wird, unmittelbar gegenüber dem Dritten an den Tag gelegt worden ist.[4]) Zu Zweifeln geben jedoch die Fälle Anlaß, in de-

1a) Enneccerus I. 1. § 144 II.
2) S. Enneccerus a a.o. I, 1 § 144 II d.
3) Insoweit erhebt sich jedoch noch ein Zweifel, als es sich bei der Bevollmächtigung um eine **empfangsbedürftige** Willenserklärung handelt. Doch ist die Frage, die auch in der 2. Kommission zur Ausarbeitung des BGB. angeschnitten wurde, ob nämlich eine Willenserklärung durch konkludente Handlungen überhaupt als eine Erklärung gegenüber einer bestimmten Person aufgefaßt werden könnte, zu bejahen; vgl. das überzeugende Beispiel bei Enneccerus I, 1 § 144 II c, A. A. Planck, Vorbem. 4 z. Titel 2.
4) Vgl. das Beispiel des ROHG aus Band XIII. S. 210 (oben S. 3) in dem der Geschäftsherr Teilzahlungen aus dem von dem Vertreter abgeschlossenem Geschäft unmittelbar von dem Dritten entgegengenommen hat.

das Verhalten des Vertretenen nicht gegenüber dem Dritten speziell, sondern höchstens gegenüber dem Dritten als Glied einer größeren Personenmehrheit (z. B. Kundenkreis) bezw. als Glied der Allgemeinheit getätigt worden ist.[5]) Es fragt sich insoweit, ob die Erklärung im Sinne des § 167 BGB. nicht unmittelbar gegenüber dem Dritten abgegeben werden muß. Indeß kann man die stillschweigende Erklärung an die Allgemeinheit bezw. an jeden Dritten, der mit dem Vertreter in Verbindung tritt, i. S. des § 167 als ausreichend anerkennen, wenn man überhaupt schon die Möglichkeit bejaht, daß empfangsbedürftige Willenserklärungen durch konkludente Handlungen abgegeben werden können.[6])[7])

Die grundsätzliche Möglichkeit einer stillschweigenden Bevollmächtigung durch Erklärung gegenüber dem Dritten, wie sie vom RG. konstruiert wird, ist also anzuerkennen. Die Angriffe, die insbesondere von Schloßmann und Wellspacher gegen diese Möglichkeit gerichtet worden sind, sind nicht geeignet, sie auszuräumen.

Schloßmann [8]) leugnet überhaupt die Möglichkeit, in einer Reihe von Handlungen oder Unterlassungen einen einheitlichen Rechtsakt, wie ihn die Vollmachtserteilung darstellt, zu erblicken.[9]) „Als Akt und daher auch als Rechtsakt kann man aber immer nur einen Vorgang von einer gewissen zeitlichen Konzentration bezeichnen. Niemand wird von einem Rechtsakt sprechen, wenn aus verschiedenen zeitlich vielleicht sehr

5) Vgl. das Beispiel oben S. 5, wo der Geschäftsherr lediglich von anderen Kunden Teilzahlungen angenommen hat.

6) Daß die Vollmacht auch durch öffentliche Erklärung erteilt werden kann, anerkennen Enneccerus I, 1 § 17 Anm. 10, Hupka S. 108; Isay S. 210—11; Staudinger, Erl. 3 zu § 167 BGB. u. a. Unrichtig ist jedoch die Ansicht von Seeler's S. 39, der den § 171 auf die öffentliche Vollmachtserteilung analog anwenden will. In § 171 handelt es sich um die Mitteilung von der vollzogenen Bevollmächtigung, während die öffentliche Vollmachtserteilung unter § 167 zu subsumieren ist; vgl. Goldberger S. 22, Anm. 1.

7) Von Tuhr, a.a.o. II, 2 S. 393 f. sieht die Fälle, in denen der Geschäftsherr das Auftreten des „Bevollmächtigten" gegenüber einer anderen Person als demjenigen der im gegebenen Falle Ansprüche geltend macht, geduldet hat, als Fälle einer sog. internen Vollmacht an, d. h. als Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigen! Daher ist nach Ansicht von Tuhrs alsdann das Vorliegen der Vollmacht und ihr Umfang nach dem Willen des Vertretenen zu beurteilen und zwar so, wie sich dieser Wille für den Vertreter, nicht für den Dritten darstellt. Anders nur dann, wenn der Vertretene sein Einverständnis mit dem vollmachtlosen Handeln des Vertreters dem Dritten kundgetan hat, z. B. durch Erfüllung der mit dem Dritten abgeschlossenen Verträge. Tuhr folgert aus seiner Ansicht weiterhin, daß keine Vollmacht bestehe, wenn der Vertretene dem Vertreter das Auftreten verboten habe oder der Vertreter wisse, daß er gegen den Willen des Vertretenen handelt, mag auch der Dritte, der von den Umständen keine Kenntnis hat, aus dem Benehmen des Vertreters nach allgemeiner Verkehrsanschauung auf das Vorliegen einer Vollmacht schließen. Durch diese an sich folgerichtige, aber für die Sicherheit des Verkehrs untragbare Konsequenz richtet sich die Ansicht von Tuhrs selbst!

8) a.a.o. Band II S. 419 ff.

9) Die Angriffe Schloßmanns richten sich gegen die auch vom RG. vertretene Ansicht, daß erst in einem Verhalten von gewisser Dauer eine stillschweigende Bevollmächtigung erblickt werden könnte!

weit auseinander liegenden, unter sich in keinem inneren Zusammenhang stehenden Handlungen oder Unterlassungen einer Person mittels einer sie alle zusammenfassenden Betrachtung in der Vorstellung auf das Vorhandensein einer bestimmten Absicht in deren Seele geschlossen werden kann." Für Schloßmann scheint also die Frage nach der Beendigung der stillschweigenden Vollmachtserklärung unlösbar zu sein.[10]) Eine Lösung ist jedoch folgendermaßen zu finden. Der Bevollmächtigungsakt ist die in einem Augenblick erfolgende Willensbetätigung des Vollmachtgebers . Da dieser Akt jedoch ein interner Vorgang ist, bedarf man mangels menschlicher Allwissenheit eines Mittels, um den Willen kenntlich zu machen und ihm so Rechtswirksamkeit zu verschaffen. Dieses Mittel kann natürlich nur eine Aeußerung des Vollmachtgebers sein. Man kann dieses Mittel als Beweismittel für den internen Willen bezeichnen. — Das stärkste Beweismittel ist die unmittelbar auf die Offenbarung des Willens gerichtete Worterklärung (ausdrückliche Bevollmächtigung). Fehlt ein solches Mittel, so können auch aus sonstigen Umständen (Handlungen oder Unterlassungen) Schlüsse auf das Vorhandensein des Willens gezogen werden (stillschweigende Bevollmächtigung). Ausdrückliche und stillschweigende Vollmachtserteilung unterscheiden sich also lediglich durch die Art und die Intensität des für das Vorhandensein des Willens benötigten Beweismittels. Daß im Falle der stillschweigenden Bevollmächtigung das Beweismittel schwächer ist, als bei der ausdrücklich erteilten Vollmacht, braucht nicht erwähnt zu werden. Es bedarf deshalb im ersteren Falle besonders starker Argumente für das Vorhandensein des Bevollmächtigungswillens. Wann der Beweis erbracht ist, entscheidet der Richter in freier Würdigung. Sei Maßstab ist Treu und Glauben im Verkehr.

Von dem hier aufgestellten Gesichtspunkt aus, ergibt sich die Lösung der Frage, wann die Bevollmächtigung beendigt ist, von selbst. Es ist durchaus richtig, daß ein Rechtsakt begrifflich in einem bestimmten Augenblick erfolgen muß. Der Augenblick ist gegeben in der Willensfassung des Vollmachtsgebers. Die Aeußerung des Willensaktes jedoch, die zu seiner Wirksamkeit vorausgesetzt werden muß, ist an einen bestimmten Augenblick nicht gebunden. Warum soll es dem Richter nicht gestattet sein, den Beweis für das Vorhandensein des Willens erst für geführt anzusehen, wenn der Wille in einer Reihe von Betätigungsakten zum Ausdruck gekommen ist? Im Falle der stillschweigenden Vollmachtserteilung wird also die durch einen einzigen Willensakt begründete Vertretungsmacht in dem Augenblick wirksam, in welchem

10) Vgl. auch Schloßmann Band II S. 499.

der Vollmachtgeber diejenige Handlung oder Unterlassung begeht, die zusammen mit den vorhergehenden Geschehnissen das Maß an Beweiskraft erbringt, das der Richter unter Zugrundelegung von Treu und Glauben zum Beweise des Vollmachtswillens für erforderlich erachtet.

Der Einwurf, daß der Wille des Vollmachtgebers nicht das ausschlaggebende Moment sein kann, weil der Richter bei Anlegung eines objektiven Maßstabes auch dann zur Annahme des Willens kommen kann, wenn ein solcher in Wirklichkeit nicht vorhanden ist, kann nicht durchschlagend sein. Beweisen heißt hier, wie überall; ein möglichst hohes Maß von Wahrscheinlichkeit schaffen! Der Beweis des Gegenteils ist stets erlaubt, wenn nicht das Gesetz eine praesumptio iuris et de iure aufstellt. Die Anfechtung gemäß § 119 BGB. stellt einen Fall des Gegenbeweises dar. Sie ist in den Fällen der stillschweigenden Bevollmächtigung stets für zulässig zu halten. Der Vollmachtgeber hat immer die Möglichkeit, auf den Mangel des Bevollmächtigungswillens hinzuweisen und dadurch jegliche Vollmachtswirkung auszuschließen. Dadurch ergibt sich, daß nur der Wille die Vollmacht begründet.[11])

Das Moment der Anfechtung wird hauptsächlich von Wellspacher[12]) gegen die Möglichkeit der stillschweigenden Bevollmächtigung in's Feld geführt. Er weist darauf hin, daß die Irrtumsanfechtung zu praktisch unhaltbaren Ergebnissen führt. „Daß dadurch, (d. h. durch die Anfechtung) den bösesten Kollusionen und Schikanen Tür und Tor geöffnet wäre, ist klar." Allein die Tatsache, daß die Anfechtung der stillschweigend erteilten Vollmacht für den Rechtsverkehr unangenehme Folgen

[11]) Die Ansicht Schloßmanns, daß die Vollmacht ein wesenloser Begriff sei und lediglich die Bedeutung eines außergerichtlichen Geständnisses habe, ist deshalb unrichtig. Schloßmann II Seite 421 und 508 macht als weiteren Angriff auf die Möglichkeit einer stillschweigenden Bevollmächtigung geltend, das im Sinne der herrschenden Lehre verlangt werden müsse, daß hinter den einzelnen Erklärungen, Handlungen und Unterlassungen die Absicht oder mindestens das Bewußtseins des Vertretenen stehe, durch sie einen Bevollmächtigungswillen kundzugeben. Diese Ansicht ist richtig; Schloßmann verkennt jedoch, daß in den meisten Fällen des bewußten Duldens der Geschäftsherr weiß, daß sein Verhalten als Willenserklärung aufgefaßt wird; vgl. unten S. 34. In den Fällen des unbewußten Duldens kann indeß nicht von einer stillschweigenden Bevollmächtigung gesprochen werden. Insoweit ist der Ansicht Schloßmanns zuzustimmen; s. u. S. 33 ff.

12) a. a. O. Seite 98 und 73

zeitigen würde, ist noch kein Beweis dafür, daß eine stillschweigende Erteilung der Vollmacht grundsätzlich unmöglich ist.[13])

Als Ergebnis der vorstehenden Ausführungen ist nochmals festzustellen, daß eine Bevollmächtigung durch stillschweigende Erklärung gegenüber dem Dritten grundsätzlich möglich ist.[13a])

Eine Einschränkung dieses Grundsatzes ist jedoch dahin zu machen, daß die stillschweigende Vollmachtserteilung nur in den Fällen möglich ist, in denen dem Geschäftsherrn das Auftreten des „Bevollmächtigten" nicht unbekannt ist. Wenn der Geschäftsherr das vollmachtlose Handeln des „Vertreters" infolge von Fahrlässigkeit nicht kennt, kann von einer stillschweigenden Bevollmächtigung nicht gesprochen werden. Es ist bereits oben S. 24 darauf hingewiesen worden, daß das Stillschweigen nur dann als Willenserklärung angesehen werden kann, wenn der Schweigende sich bewußt ist, daß sein Schweigen als Zustimmung aufgefaßt werden dürfe und tatsächlich so aufgefaßt werde. Ein solches Bewußtsein kann jedoch dann nicht vorliegen, wenn der „Vertretene" das Auftreten des Scheinbevollmächtigten unbewußt duldet.

Aber sowohl für die Fälle des bewußten Duldens, für die wir die Möglichkeit einer stillschweigenden Bevollmächtigung grundsätzlich anerkannten, als auch für die Fälle des unbewußt-fahrlässigen Duldens,

---

[13]) Eine andere Frage ist die, ob das Gesetz die untragbaren Folgen der Anfechtung nicht auf andere Weise beseitigt. Hier kommt die Haftung aus dem Gesichtspunkt der Scheinvollmacht in Frage, hinsichtlich deren Begründung mit der analogen Anwendung der §§ 170 ff. BGB. Wellspacher beizutreten ist. Dieser Autor übersieht indeß, daß auch nach der Anfechtung einer ausdrücklich oder stillschweigend erteilten Vollmacht gemäß §§ 170 ff. ein unanfechtbarer Schein der Vollmacht zurückbleibt, der alsdann die volle Haftung begründet. Bei dieser Erkenntnis erscheint es nicht mehr notwendig, die Möglichkeit einer stillschweigenden Bevollmächtigung nun jeden Preis abzulehnen!

[13a]) Bei diesem Satz liegt der Druck auf dem Worte „grundsätzlich". In der Praxis wird die Konstruktion der stillschweigenden Bevollmächtigung in der Regel daran scheitern, daß der Dritte das Verhalten des Geschäftsherrn garnicht als eine an ihm gerichtete Willenserklärung auffaßt. Insoweit ist Krause, Seite 140, zuzustimmen.

für wir diese Möglichkeit ablehnen, bildet die Form der Begründung, wie sie von der Praxis der obersten Gerichte ausgebaut worden ist, keine ausreichende Unterlage. Die Praxis verlangt für die Haftung des Geschäftsherrn einerseits Voraussetzungen, die für die Konstruktion der stillschweigenden Bevollmächtigung durchaus überflüssig sind; andererseits scheut sie sich, aus dieser Konstruktion die naheliegendsten Folgerungen zu ziehen.

Das RG. bezw. ROHG. legt in den einschlägigen Entscheidungen großen Wert auf die Feststellung, daß der mit dem „Vertreter" kontrahierende Dritte den Mangel einer ausdrücklichen Bevollmächtigung weder kannte, noch kennen mußte. Es schließt bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis die Haftung des Geschäftsherrn aus. Diese Voraussetzung der Haftung ist indeß mit der Annahme einer stillschweigend erteilten Vollmacht nicht vereinbar. Ein guter oder böser Glaube des Dritten hinsichtlich einer mangelnden, ausdrücklich erteilten Vollmacht kann gar keine Bedeutung haben, denn durch das Verhalten des Geschäftsherrn soll ja erst — ganz abgesehen von dem früheren Rechtszustand — stillschweigend die Vertretungsmacht begründet werden![13b])

Auch das Erfordernis des Kausalzusammenhangs zwischen dem guten Glauben des Dritten und seinem Entschluß, mit dem „Vertreter" ein Geschäft abzuschließen, mit anderen Worten, die Voraussetzung, daß der Dritte das Verhalten des Geschäftsherrn kannte und dadurch zu der Annahme einer Bevollmächtigung gekommen war, ist zur Konstruktion der stillschweigenden Vollmachtserteilung nicht unbedingt erforderlich. Im Falle der sog. externen Vollmachtserteilung (durch Erklärung gegenüber dem Dritten) ist zwar die Kenntnis des Dritten von der stillschweigenden Erklärung stets gegeben; damit ist dann auch der gute Glaube und der Kausalzusammenhang zu vermuten. Gemäß § 167 BGB. kann Vollmacht aber auch durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden erteilt werden. In diesem Falle käme es auf die Kenntnis des Dritten und auf die Beweggründe seines Handelns gar nicht an. — Das RG. prüft jedoch diese Möglichkeit der Bevollmächtigung in keinem Falle, obwohl in der Literatur des öfteren darauf hingewiesen worden ist.[14]) Eine solche Prüfung liegt doch dann, wenn in dem Verhalten des Geschäftsherrn schon eine stillschweigende Willenserklärung gesehen wird, sehr nahe. Wenn die stillschweigende Vollmachtserklärung den Dritten nicht erreicht hat, so könnte sie doch leicht

13b) Vergl. Krause S. 142.
14) Vgl. von Tuhr a.a.o. II, 2 S. 388 ff., insbesondere 393; Schloßmann II S. 424. Siehe auch oben S. 15, Anm. 3

den Vertreter erreicht haben, und alsdann würde sie ebenso eine Vollmacht begründen wie im ersten Falle!

Auch die Möglichkeit der Anfechtung spricht dafür, daß die Konstruktion der stillschweigenden Bevollmächtigung die Haftung aus Scheinvollmacht nicht restlos zu begründen vermag. Das RG. verschweigt diese Möglichkeit. Indeß ist kein Grund ersichtlich weshalb die Anfechtung wegen Irrtums im Falle einer stillschweigenden Vollmachtserteilung ausgeschlossen sein soll. Es ist zwar richtig, daß es für den Verkehr untragbar ist, in den Fällen der sog. Scheinvollmacht den vertrauenden Dritten auf den Anspruch aus § 122 BGB. zu verweisen. Es ist jedoch unmöglich, die Anfechtung auszuschließen, wenn man die Haftung des Geschäftsherrn lediglich aus dem Gesichtspunkt der stillschweigenden Bevollmächtigung begründet. Die stillschweigende Vollmachtserteilung ist wie jede andere Willenserklärung stets für anfechtbar zu halten.[15]) Den Ausschluß der Anfechtungsmöglichkeit erreicht man nur dadurch, daß man die Haftung aus Scheinvollmacht auf andere Weise zu begründen versucht.[16])

Es ist also festzustellen, daß die Konstruktion der stillschweigenden Vollmachtserteilung den Bedürfnissen des Verkehrs nicht gerecht wird, und daß sie die Voraussetzungen, die von der Praxis in richtiger Würdigung der Verkehrsbedürfnisse für die Haftung aus Scheinvollmacht aufgestellt worden sind, nicht umfaßt. Eine Erklärung für das Festhalten an dieser Konstruktion kann nur aus dem Bestreben des RG. hergeleitet werden, dem gutgläubigen Dritten um jeden Preis zu Hilfe zu kommen, auch wenn es eine ausreichende rechtliche Begründung für diese Hilfeleistung noch nicht gefunden hat!

15) Siehe oben S. 27.
16) Siehe die Ausführungen unten S. 36 ff. und 58 ff.

III. Teil.

§ 7

In dem Gefühl, daß die von der Praxis gegebene Begründung nicht ausreichend ist, um die einschlägigen Entscheidungen, deren Ergebnis durchaus gebilligt werden muß, zu tragen, ist die Wissenschaft schon seit langem bemüht, aus dem geltenden Recht eine befriedigende Begründung herzuleiten. Die Versuche haben zu den verschiedendsten Theorien geführt. Begründung der Haftung des Geschäftsherrn aus culpa in contrahendo, aus Treu und Glauben und aus analoger Anwendung der §§ 170 ff. BGB. kehren in bunter Folge wieder. Es fehlt auch nicht an Versuchen, die von der Praxis aufgebaute Konstruktion der stillschweigenden Vollmachtserteilung rechtlich so auszugestalten, daß sie den gegen sie geführten Angriffen gewachsen sei. In letzterer Beziehung sind vor allem eine ältere Arbeit von Hupka (Die Vollmacht. — Eine civilistische Untersuchung mit besonderer Berücksichtigung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches — Leipzig 1900) und eine neuere Arbeit von Manigk (Stillschweigend bewirkte Vollmachten im Handelsrecht. Ein Beitrag zur Methodik des Vertrauensschutzes. In den Beiträgen zum Wirtschaftsrecht, herausgegeben von Klausing, Nipperdey und Nußbaum, II. Band Marburg 1931, S. 590 ff.) zu erwähnen.

Hupka[1]) hält eine stillschweigende Bevollmächtigung für möglich. Er schreibt für das Gebiet der Vollmacht der stillschweigenden Willensäußerung überhaupt eine weit größere Bedeutung zu, als der ausdrücklichen Willenserklärung. Er bringt — das verdient hervorgehoben zu werden — auch den Mut auf, infolge richtiger Erkenntnis seiner Begründung die Vorschriften des Gesetzes über Willensmängel auf die einschlägigen Tatbestände zur Anwendung zu bringen. „Hat er (der Geschäftsherr) doloser Weise geschwiegen, dann ist die Bestreitung der Konkludenz ganz ausgeschlossen, denn dann liegt eine Mentalreservation vor, der eine rechtliche Bedeutung nicht zukommt. Fällt ihm dagegen kein dolus zur Last, dann kann er wohl die scheinbare Willensäußerung anfechten, aber keinesfalls zum Schaden des gutgläubigen Gegners (arg. §§ 119, 122 d. BGB.)."

Leider verkennt Hupka, indem er die Möglichkeit der Irrtumsanfechtung bejaht, das dringende Gebot der Verkehrssicherheit, das den Ausschluß der Anfechtung verlangt und dem die Praxis dadurch entspricht, daß sie die Anfechtungsmöglichkeit bewußt verschweigt. Die Ausfüh-

1) a.a.o. S. 119 f.

rungen Hupkas erwecken aber auch rein äußerlich wenig Ueberzeugungskraft. Obwohl in den Fällen der §§ 86, 56 HGB. 714 BGB. nach seiner Ansicht stillschweigende Bevollmächtigungen erhalten sind, schließt er insoweit entgegen seiner grundsätzlichen Einstellung die Anfechtung aus. „Der Vertretene ist mit seiner Gegenbehauptung, daß er in Wahrheit keine Vollmacht erteilen wolle, nur dann zu hören, wenn er die Konkludenz seines äußeren Verhaltens durch eine rechtzeitige Vorbehaltungserklärung — die aber ebenfalls durch stillschweigendes, jedoch für den Gegner erkennbares Verhalten erfolgen kann, — entkräftet hatte."[3])

Auch das oben S. 28 erwähnte Mißverhältnis zwischen dem guten bezw. bösen Glauben des Dritten und der Konstruktion der stillschweigenden Bevollmächtigung kann aus den Ausführungen Hupkas nicht aufgeklärt werden. Bei folgerichtiger Durchführung seiner Ansicht, daß in dem Dulden seitens des Geschäftsherrn bei objektiver Beurteilung eine stillschweigende Vollmachtserteilung zu erblicken sei, muß man zu dem Ergebnis kommen, daß der „Vertretene" auch in den Fällen, in denen dem Dritten die in Wirklichkeit bestehende Unstimmigkeit zwischen dem Willen und der stillschweigenden Erklärung bekannt ist, auf die Anfechtung der stillschweigenden Bevollmächtigung angewiesen ist, um so über den Umweg der Anfechtung und mit Hilfe des § 122 Abs. 2 BGB. seine völlige Haftungsfreiheit zu erreichen. Eines Schutzes des Dritten bedarf es nur dann, wenn dieser sich berechtigter Weise in gutem Glauben befindet. Deshalb schließt die Praxis mit Recht ohne weiteres die Haftung des Geschäftsherrn aus, wenn der Dritte den Mangel des Bevollmächtigungswillens kannte oder kennen mußte.[4]) Als ausreichende Begründung der einschlägigen Rechtsprechung kann nur eine solche Begründung angesehen werden, die alle von der Praxis aufgestellten Grundsätze umfaßt, die insbesondere im Falle der Irrtumsanfechtung den gutgläubigen Dritten nicht auf die Ansprüche aus § 122 BGB. verweist, die andererseits aber auch den bösgläubigen Dritten ohne Anfechtung leer ausgehen läßt.

Geschickter als Hupka versucht Manigk die Konstruktion der stillschweigenden Bevollmächtigung zu unterbauen und mit den Grundsätzen der Praxis in Einklang zu bringen.

Es ist bereits des öfteren erwähnt worden, daß in den Fällen, in denen der Geschäftsherr das vertreterähnliche Verhalten seines Angestellten bewußt duldet, der Annahme einer stillschweigenden Bevollmäch-

3) Hupka, S. 124.
4) Merkwürdigerweise kommt Hupka in den Fällen der **Vollmachtsüberschreitung** zu der richtigen Ansicht. Hier läßt er den Schutz des Dritten nur dann eintreten, wenn dieser die internen Beschränkungen der Vollmacht nicht kannte; vgl. a.a.o. S. 220. Siehe dazu Wellspacher S. 111.

tigung in der Regel nichts entgegensteht. Schwierigkeiten bieten jedoch die Fälle des unbewußten Duldens. Mit ihnen setzt sich Manigk eingehend auseinander. Er kommt zu dem Ergebnis, daß auch insoweit die Annahme einer stillschweigend erteilten Vollmacht gerechtfertigt sei. Erkennt andererseits aber auch die Gefahr, die der praktischen Brauchbarkeit dieser Begründung aus der Möglichkeit der Anfechtung erwächst, der jede Willenserklärung grundsätzlich zugänglich ist. Die Anfechtbarkeit schließt er mit dem Hinweis auf sog. unanfechtbare typische Erklärungsakte aus, die sowohl durch Gesetz als auch durch Verkehrssitte und Sprachgebrauch begründet werden könnten.

Manigk anerkennt also zunächst die Existenz der sog. fahrlässigen Willenserklärung. „Dem Handelnden wird der Sinn seines Verhaltens als Willenserklärung auch dann zugerechnet, wenn er gar nicht weiß, daß sein Verhalten dem Empfänger etwas erkläre, geschweige denn, was es erkläre. Hierin wurzelt die Kategorie der sog. fahrlässigen, unbewußten, unbeabsichtigten Willenserklärung, bei der die Zurechnung unter dem Gesichtspunkt und nur dann stattfindet, wenn der Handelnde jenen Sinn bei Anwendung der erforderlichen Sorgfalt hätte kennen müssen. Beim Aufbau des Systems der Rechtsgeschäfte darf, wie gesagt, nicht verkannt werden, daß sich auch in der Behandlung der fahrlässigen Willenserklärung die Begriffsmerkmale der Willenserklärung bewähren. Der Mangel des Kundgebungszwecks (Erklärungsbewußtseins) führt zur Anfechtbarkeit. Eine fahrlässige Erklärung ist, weil ihr ein Begriffsmerkmal der Willenserklärung fehlt, immer anfechtbar."[5])

Dazu ist folgendes zu sagen. — Aus dem letzten der angeführten Sätze Manigks ist zu schließen, daß die Annahme der sog. fahrlässigen Willenserklärung mit der Maßgabe zu verstehen ist, daß diese eine Willenserklärung im eigentlichen Sinne nicht darstellt. Unter einer Willenserklärung i. e. S. versteht Manigk mit der herrschenden Lehre einen solchen Tatbestand, in dem sich die äußere Erklärung und der innere Rechtswillen decken. Unter dem Begriff der fahrlässigen Willenserklärung soll nur ein durch die äußere Erklärung gesetzter „Teiltatbestand" der Willenserklärung, der jedoch vorbehaltlich der Anfechtung die gleichen Wirkungen äußert wie eine echte Willenserklärung, verstanden werden. [6])

5) Manigk S. 640 f

[6]) Diese Ansicht ist in der zitierten Abhandlung Manigks in den Beiträgen zum Wirtschaftsrecht nicht klar zum Ausdruck gekommen, sie stimmt jedoch mit seinen Ausführungen in Irrt. Ausl. S. 102 ff. überein. Die Ansicht Manigks führt, auf unsere Fälle übertragen, zu dem Ergebnis, daß der durch das unbewußte Dulden seitens des Geschäftsherrn gesetzte Teiltatbestand der Bevollmächtigungserklärung solange als stillschweigende Vollmachtserteilung anzusehen ist, als eine Anfechtung nicht erfolgt.

Wir stimmen mit Manigk dahin überein, daß der sog. Teiltatbestand der Willenserklärung mit der vorläufigen Wirkung einer echten Willenserklärung einen entsprechenden Geschäftswillen, d.h. ein auf eine entsprechende Rechtsfolge gerichtetes Wollen, nicht voraussetzt. Es ist richtig, daß der Irrtum über den Inhalt einer Willenserklärung im Sinne des § 119 BGB. dahin zu verstehen, ist, daß der Erklärende dem seiner Erklärung innewohnenden, lediglich durch objektive Auslegung zu ermittelnden Sinn übersieht, bezw. nicht kennt. Dennoch aber enthält § 119 auch ein subjektives Moment, und zwar ist dieses in dem Wort „Willenserklärung" enthalten. Aus dem Wortlaut des Gesetzes ist klar ersichtlich, daß die Erklärung, die der objektiven Beurteilung unterworfen werden soll, d. h. deren Inhalt nach objektivem Maßstab ermittelt werden soll, ihrerseits eine Willenserklärung sein muß. Eine Willenserklärung liegt aber begrifflich nur dann vor, wenn der Erklärende sich zumindest bewußt ist, daß aus seiner Erklärung auf einen Geschäftswillen geschlossen werden kann. [7]) Die Voraussetzungen des § 119 BGB. sind also nur dann erfüllt, wenn jemand eine Erklärung — sei es ausdrücklich oder stillschweigend — abgibt und dabei das Bewußtsein hat, daß diese Erklärung als Aeußerung eines bestimmten Geschäftswillens angesehen werde, während ihr in Wirklichkeit bei objektiver Beurteilung ein ganz anderer Wille unterlegt wird. Alsdann hat § 119 die die Wirkung, daß der durch die objektive Auslegung gewonnene Wille solange als erklärt gilt, bis eine Anfechtung erfolgt ist. Niemals aber kann diese Wirkung eintreten, wenn der Erklärende nicht gewußt hat, daß aus seinem Verhalten auf einen rechtsgeschäftlichen Willen geschlossen werden könnte. [8]) Dieses Bewußtsein fehlt dem Erklärenden stets, wenn sein Verhalten, das die Erklärung darstellt, in einem unbewußten Unterlassen bezw. Dulden besteht. Duldet dagegen der Erklärende bewußt, so wird er zumeist als vernünftiger Mensch auch annehmen, daß das Dulden als Zustimmung aufgefaßt werde. Hatte er im einzelnen Falle trotz Kenntnis der Umstände dieses Bewußtsein nicht, so wird ihm doch praktisch der diesbezügliche Beweis schwerlich gelingen!

7) Manche fordern sogar den Willen, ein auf eine bestimmte Rechtsfolge gerichtetes Wollen kundzutun. Dieser Ansicht widerspricht jedoch § 118 BGB.; denn wer eine nicht ernstliche Willenserklärung abgibt in der Erwartung, der Mangel der Ernstlichkeit werde nicht verkannt werden, der will eben nicht einen Geschäftswillen äußern, und doch nimmt

Wir kommen also auch hier zu dem Ergebnis, daß nur in den Fällen, in denen der Geschäftsherr das vertreterähnliche Verhalten seines Angestellten kennt, die Annahme einer Willenserklärung und damit die Konstruktion der stillschweigenden Bevollmächtigung gerechtfertigt erscheint. In den Fällen, in denen dem Geschäftsherrn das Gebaren seines Angestellten infolge von Fahrlässigkeit unbekannt ist, kann jedoch von einer fahrlässigen Willenserklärung bezw. von der Erfüllung eines Teiltatbestandes mit der vorläufigen Wirkung einer echten Willenser-

---

das Gesetz hier eine Willenserklärung an. Ferner würden die Fälle der Okkupation und Dereliktion nach dieser Ansicht keine Willenserklärung sein, da bei ihnen in der Regel die Kundgebungsabsicht mangelt. Man darf daher nur das Bewußtsein fordern, daß aus der Erklärung auf einen Geschäftswillen geschlossen werden kann; dieses ist auch im Falle der Nichternstlichkeit sowie Okkupation und Dereliktion vorhanden. — So Enneccerus, I, 1 § 136 Anm. 10. Zustimmend Oertmann S. 308 und Siegel, Ziv. A. 111 S. 15. Aehnlich Henle, a.a.o. S. 530. Ueber den Stand der Meinungen siehe Enneccerus a.a.o.

[8]) Es mag erwähnt werden, daß Manigk früher mit der hier vertretenen Ansicht übereinstimmte; vgl. We.Wg. S. 178 ff. Inzwischen ist er jedoch, da diese Lösung ihm nicht zu praktisch brauchbaren Ergebnissen zu führen schien, zu der oben besprochenen Anschauung gelangt. Besondere Schwierigkeiten bot ihm in praktischer Hinsicht folgendes Beispiel: A hat mit B verabredet, daß A die Annahme einer Offerte durch Hissen einer roten, die Ablehnung durch Hissen einer blauen Fahne kundgeben sollte.

1.) A. verwechselt dies und hißt zwecks Ablehnung die rote Fahne;

2.) A. vergißt die Abmachung völlig und hißt die rote Fahne, um sein Haus zu schmücken.

Im ersten Fall kommt auch die hier vertretene Ansicht zur Annahme einer anfechtbaren Willenserklärung. Im zweiten Fall jedoch muß die Annahme einer Willenserklärung ausscheiden. Indeß sind die Folgen dieser Entscheidung durchaus nicht untragbar, zumal man bei dem geschilderten Sachverhalt aus dem Gesichtspunkt der culpa in contrahendo zu einer Haftung des A. kommen wird. Sollte in anderen Fällen diese Möglichkeit nicht gegeben sein, so muß man allerdings die Haftung des Erklärenden ausschließen, es sei denn, daß das Gesetz — wie beispielsweise für das Gebiet der Vollmacht in den §§ 171, 172 BGB. — spezielle Haftungsbestimmungen getroffen hat.

klärung und deshalb von einer stillschweigenden Vollmachtserteilung nicht gesprochen werden.

Nun könnte man sich ja mit den theoretischen Bedenken, die in der Ansicht Manigks enthalten sind, abfinden, wenn sie zu praktisch brauchbaren Ergebnissen führen würde. Es ist bereits oben S. 30 erwähnt worden, daß nur eine solche Begründung in dieser Beziehung als ausreichend angesehen werden kann, die die Haftung beschränkenden Folgen der Anfechtung ausschließt. Es ist weiterhin auch gesagt worden, daß Manigk in richtiger Erkenntnis dieser Notwendigkeit bemüht ist, jede Anfechtungsmöglichkeit auszuschließen, um so den begrifflich stets anfechtbaren sog. fahrlässigen Willenserklärungen die praktischen Wirkungen echter Willenserklärungen zu verleihen. Manigk hat erkannt, „daß der Handel, die Rechtsprechung und die herrschende Lehre die Endgültigkeit jener Ermächtigungen durch Ausschluß der Irrtumsanfechtung im Interesse der Rechtssicherheit und zwecks Ausschlusses von Spekulationen beim Geschäftsherrn erstreben, daß aber die verschiedenen vorgeschlagenen Konstruktionen versagen."[9]) Indes müssen auch die Bemühungen Manigks in dieser Richtung als erfolglos bezeichnet werden.

Manigk versucht auf eigenartigem Wege die Unanfechtbarkeit der stillschweigenden Bevollmächtigung zu erreichen. Er stellt nicht zu Unrecht fest, daß unsere Gesetze, besonders die Handelsgesetze, legale Typisierungen von Erklärungsakten zeigen. „Der Gesetzgeber knüpft an das äußere Verhalten einer Person in Anbetracht eines verkehrsmäßig zu würdigenden Erklärungswertes desselben, aber auch aus sonstigen rechtspolitischen Gründen (vgl. § 416 BGB.) die Wirkung einer Willenserklärung, ohne aber damit die Grundsätze der letzteren für die weitere Behandlung übertragen, insbesondere Irrtumsanfechtungen gewähren zu wollen."[10]) Als Beispiele solcher legaler Typisierungen nennt Manigk vor allem die §§ 85, 362, 377 HGB., 416, 496 BGB. Außer den gesetzlichen gibt es nach Manigk auch Typisierungen durch Verkehrssitte und Sprachgebrauch. Unter die letzteren zählt er auch die Fälle der sog. stillschweigenden Bevollmächtigungen (Duldungsermächtigung). Wenn es richtig ist, daß der Gesetzgeber in den erst erwähnten Normen unanfechtbare Bestimmungen gibt, so entsteht die Frage, ob nicht auch in den letzteren Fällen, wo der Gesetzgeber zwar schweigt, wo aber das anerkannte Handelsbedürfnis aus denselben Gründen unanfechtbare Rechtsverhältnisse fordert, eine entsprechende Behandlung der Tatbestände eintreten kann."[11])

9) Vgl. a a.o. S. 658.
10) Manigk a.a.o. S. 661.
11) Manigk a.a.o. S. 662.

Es muß nun zunächst bestritten werden, daß die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche die Fähigkeit besitzen, eine Willenserklärung unanfechtbar zu machen. Sie können lediglich den objektiven Erklärungswert beeinflussen. Eine Aufhebung oder Aenderung der Grundsätze, denen nach dem Gesetz jede Willenserklärung unterworfen ist — zu diesen gehört auch der Grundsatz der Anfechtung, — kann durch sie nicht erreicht werden. Dazu bedarf es vielmehr einer objektiven Rechtsnorm, d. h. es muß eine dahingehende gesetzliche Bestimmung getroffen worden sein, oder die Handelsgewohnheiten und -Gebräuche müssen sich zu Gewohnheitsrecht verdichtet haben. Mangels einer gewohnheitsrechtlichen Norm[12]) ist daher zumindest die analoge Anwendung einer gesetzlichen Bestimmung vonnöten. Wenn Manigk — was nicht klar ersichtlich ist — die oben genannten Bestimmungen des HGB. bezw. BGB. zwecks analoger Anwendung heranziehen will, so übersieht er, daß in all diesen Fällen das Schweigen des Geschäftsherrns nur deshalb als Zustimmung angesehen wird, weil er auf eine ihm zugegangene Mitteilung keine Antwort gegeben hat. Der Geschäftsherr ist sich deshalb stets seines Schweigens bewußt, weil ihm die Mitteilung, auf die von ihm eine Antwort erwartet wird, bekannt ist.[13]) Es liegt also den angezogenen Bestimmungen ein Tatbestand zugrunde, der mit unserem Falle des bewußten Duldens übereinstimmt. Nur auf diesen, nicht auch auf den Fall des unbewußten Duldens können daher die von Manigk verwerteten Gesetzesnormen bezogen werden. — Es zeigt sich also, daß der Fall des unbewußten Duldens nicht nur hinsichtlich der Einordnung in den Begriff der Willenserklärung, sondern auch hinsichtlich der Konstruktion der Unanfechtbarkeit Schwierigkeiten biete, die durch die Ausführungen Manigks nicht überwunden worden sind.

Endlich ist noch vorzubringen, daß Manigk auch für die Tatsache, daß die Praxis die Haftung des Geschäftsherrn ohne weiteres ausschließt, wenn der Dritte den Mangel des Bevollmächtigungswillens kannte oder kennen mußte, eine Erklärung nicht zu geben weiß. Bei Annahme einer stillschweigend erteilten Vollmacht muß man in diesem Falle, um die Haftung auszuschließen, dem Geschäftsherrn die Möglichkeit der

12) Auf die grundsätzlich bestehende Möglichkeit, die einschlägige Rechtssprechung aus dem Gesichtspunkt des Gewohnheitsrechts zu begründen, ist bereits oben S. 22 hingewiesen worden.

13) Das Gesetz setzt entweder die Kenntnis voraus (§ 85 HGB.) oder es verlangt Zugehen der Erklärung (§ 362 HGB.). In diesem Falle wird, auch wenn eine wirkliche Kenntnisnahme nicht erfolgt sein sollte, nach den Grundsätzen der vom BGB. übernommenen Empfangstheorie die Kenntnis unwiderleglich vermutet. Schließlich wird eine dem Geschäftsherrn bekannte Tatsache [Ablieferung der Ware durch den Verkäufer - § 486 BGB.] vorausgesetzt, auf der die Erwartung einer Erklärung beruht.

Anfechtung geben.[14]) Diese Möglichkeit versucht Manigk jedoch grundsätzlich auszuschließen.[15])

§ 8

Mit Rücksicht auf die erheblichen Mängel, die der Konstruktion der stillschweigend erteilten Vollmacht anhaften, hat es in der Literatur nicht an Angriffen auf sie gefehlt. Als älteste Arbeit in diesem Sinne muß die bereits erwähnte Abhandlung von Schloßmann (Die Lehre von der Stellvertretung) genannt werden.[1]) Die Argumente, die Schloßmann gegen die herrschende Begründung anführt, sind jedoch nur zum Teil richtig. Er lehnt die stillschweigende Bevollmächtigung ab, weil er es für unmöglich hält, aus einer unbestimmten Anzahl von Duldungsfällen auf einen einheitlichen Rechtsakt zu schließen. Es ist aber bereits oben S. 25 ff. nachgewiesen worden, daß man berechtigt ist, auch erst bei einer gewissen Duldungsdauer auf einen einheitlichen Bevollmächtigungsakt zu schließen. Daß dagegen der Hinweis Schloßmanns auf das mangelnde Erklärungsbewußtsein wenigstens für die Fälle des fahrlässigen Duldens die Konstruktion der stillschweigend erteilten Vollmacht erschüttert, ist ebenfalls bereits gesagt worden. Es ergibt sich dies auch aus der Widerlegung der Ansicht Manigks. — Die Begründung jedoch, die Schloßmann an die Stelle der stillschweigenden Vollmachtserteilung setzt, ist völlig unbefriedigend.

Ausgehend von der Natur der Vollmacht als eines außergerichtlichen Geständnisses und der Bevollmächtigungserklärungen als bloßer Beweismittel, verlegt Schloßmann auch in unseren Fällen die Bedeutung des Verhaltens des Geschäftsherrn ganz auf das Gebiet des Beweisrechts.[2]) Aus dem äußeren Verhalten des „Vertretenen" könne der Richter den Schluß ziehen, daß ein Vertretungsverhältnis vorliege. „Aber die Tatsache, daß jene Person sich mit Wissen des anderen in einer bestimmten Situation in seinem Geschäfte, Warenlager usw. befunden oder in der geschilderten Weise längere Zeit gehandelt hat, wird meistens ein ausreichender Beweis dafür sein, daß ein Vertretungsverhältnis zwischen beiden in irgendeiner Weise einmal begründet worden sei, und zwar von der Tragweite, wie sie sich in den am weitesten gehenden unter den mit

14] Siehe oben S. 30

15] Im Anschluß an die Praxis nehmen eine stillschweigende Bevollmächtigung ohne näheres Eingehen auf die Schwierigkeiten dieser Konstruktion an: Planck zu § 167 BGB. Anm. 6; RGR-Komm. zu § 167; Staub-Bondi, HGB. zu § 54, Anm. 5 ff.; Enneccerus beschränkt die Annahme einer stillschweigenden Bevollmächtigung ausdrücklich auf die Fälle des bewußten Duldens, ohne jedoch für die Fälle des unbewußten Duldens überhaupt eine Erklärung zu geben.

1] Vgl. a.a.o. Band II. S. 497.

2] Vgl. die Ausführungen a.a.o. Band II, S. 501 ff.

Wissen des Herrn vom Vertreter vorgenommenen Geschäften dokumentiert hat."[3]) In der richtigen Erkenntnis, daß die Führung des Gegenbeweises — was im Sinne der herrschenden Lehre mit der Anfechtung der stillschweigenden Vollmachtserteilung gleichzusetzen ist — nicht den Bedürfnissen des Verkehrs entspricht, schließt Schloßmann diese Möglichkeit durch eine künstliche Steigerung der Beweiskraft des äußeren Anscheins aus. „Aber auch hier müssen die in den Fällen, wo eine Vollmachtsurkunde oder eine direkte Mitteilung an den Dritten vorliegt, maßgebenden Gründe, namentlich die Rücksicht auf das allgemeine Verkehrsinteresse, dazu führen, die Beweiskraft jener Tatsachen künstlich zu steigern und den Gegenbeweis gegen sie dem gutgläubigen Dritten gegenüber in der oben bezeichneten Art auszuschließen."[4])

Diese künstliche und vom Gesetz durch nichts belegte Beweistheorie ist abzulehnen. Sie steht und fällt mit Schloßmanns Vollmachtslehre überhaupt. Es ist hier nicht der Platz, sich mit dieser Lehre auseinander zu setzen. Es mag lediglich erwähnt werden, daß sie in der Literatur auf einmütigen Widerspruch gestoßen ist.[5])

Schloßmann gebührt jedoch das Verdienst, als erster auf die Parallele der hier besprochenen Fälle zu dem Tatbestand der §§ 171, 172 BGB. hingewiesen zu haben. Rümmelin[6]) hat diesen Hinweis aufgenommen und die Haftung des Geschäftsherrn mit der analogen Anwendung des § 171 BGB. begründet. Diese Art der Begründung hat in der Folgezeit besonders von Wellspacher[7]) eine eingehende Würdigung erfahren. Sie ist auch von anderen Schriftstellern übernommen worden. So beruft sich z. B. von Seeler[8]) auf die Anwendung der §§ 171, 172 BGB. Auch Düringer-Hachenburg[9]), Heymann[10]), Jakobi[11]) Isay[12]) H. Meyer[13]), Schmidt-Rimpler[14]) u. a. haben diese Begründung mit mehr oder weniger kleinen Abweichungen übernommen.

3] Schloßmann II, S. 501.
4] Schloßmann II, S. 503.
5] Vgl. Enneccerus I, § 167, Anm. 1 a; Hupka S. 23 ff.; Rümelin, Arch. Ziv. Prax. 93; S. 134 ff. und 293 ff; Manigk, Anwendungsgebiet S. 293 ff.; Wellspacher S. 79, Anm. 2; Goldberger S. 20 f.
6] Das Handeln in fremdem Namen im bürgerlichen Gesetzbuch, Arch. Ziv. Prax. 93, S. 131 ff.
7] a.a.o. besonders S. 94 ff.
8] Vollmacht und Scheinvollmacht. Arch. f. bürgerl. Recht 28 S. 1 ff. (36 ff., 51).
9] HGB. Vorbem. zu Abschnitt V (Bank I)
10] Wechselzeichnung der Sparkassen. In Festgabe f. RG. Band IV, S. 287 ff.
11] JW. 25 2449; Kr. V. J. Schr. 49 [1911[, S. 84 ff.
12] Geschäftsführung nach dem BGB, S. 239.
13] Goldschm. Z. 81, S. 366.
14] Ehrenbergs Handbuch V, 1, S. 220; JW. 1927, 1249.

IV. Teil.

§ 9

In der Tat ist die analoge Anwendung der §§ 171, 172 BGB. die einzige Möglichkeit, die einschlägigen Entscheidungen der obersten Gerichte in allen ihren Voraussetzungen und Erfordernissen zu begründen und mit einer geltenden Rechtsnorm in Verbindung zu bringen.

Jede Analogie hat den Zweck, „die im Gesetz nicht in einer allgemeinen Norm konzentriert ausgesprochenen Grundprinzipien des Gesetzes zutage zu fördern und auf die im Leben hervortretenden im Gesetz nicht besonders hervorgehobenen Fälle anzuwenden."[1]) Es ist deshalb nunmehr unsere Aufgabe, zu prüfen, ob in den §§ 171, 172 BGB. gesetzliche Prinzipien verankert liegen, die sich mit den grundsätzlichen Voraussetzungen, welche die Praxis an die sog. Haftung aus Scheinvollmacht knüpft, decken.

Um die notwendigen Vergleiche ziehen zu können, ist es erforderlich, sich noch einmal den Tatbestand und die Voraussetzungen der Rechtsprechung vor Augen zu halten. Der Tatbestand ist folgender:

A. läßt es bewußt oder unbewußt infolge von Fahrlässigkeit geschehen, daß B. sich als sein Vertreter aufführt und als solcher mit C. Geschäfte tätigt.

In diesen Fällen haftet A. aus den Geschäften des B.

1.) wenn das Verhalten des B. die Annahme einer vorhandenen Vollmacht objektiv rechtfertigt (rechtfertigender Tatbestand),

2.) wenn A. den rechtfertigenden Tatbestand kennt oder kennen muß,

3.) wenn dem C. der Mangel des Bevollmächtigungswillens bei A. ohne Fahrlässigkeit unbekannt ist,

4.) wenn C. aufgrund des rechtfertigenden Tatbestandes mit dem B. kontrahiert hat,

5.) wenn endlich das fragliche Geschäft ein Geschäft des Handelsverkehrs darstellt.

Bevor wir an die Vergleichung der Tatbestände herangehen, müssen wir uns darüber klar sein, daß die §§ 171, 172 BGB. sowohl den Fall, daß der Vollmachtskundgebung eine wirkliche Vollmachtserteilung zugrunde liegt, als auch den Fall, daß die Kundgebung den Tatsachen

1] RG. 24, 50

nicht entspricht, umfassen. Dies ist in Praxis und Lehre so allgemein anerkannt, daß es einer Begründung hier nicht bedarf. Für die folgende Untersuchung erhellt daraus, daß die Frage der stillschweigende Bevollmächtigung, insbesondere die Frage nach der Möglichkeit einer fahrlässigen Vollmachtserteilung nur zweitrangige Bedeutung besitzt und daß es nicht nötig ist, eine „stillschweigende Vollmacht" um jeden Preis zu leugnen. Denn die Haftung aus den §§ 171, 172 BGB. tritt in jedem Falle lediglich aufgrund der in den Verkehr gegebenen Kundgebung ein, unabhängig davon, ob eine wirkliche Vollmacht vorhanden ist, oder nicht. Die Haftung beruht nicht auf einer rechtsgeschäftlichen Vollmacht, sie ist vielmehr eine gesetzliche Wirkung der Kundgebung.[2]) Ihr tiefer Grund liegt darin, daß der Verkehr objektiv aus der Kundgebung auf das Vorhandensein einer Vollmacht zu schließen berechtigt ist. Ist bereits vorher eine stillschweigende Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber dem Dritten (externe Bevollmächtigung) vorgenommen worden, oder ist die Kundgebung selbst als solche anzusehen,[3]) so steht es dem Dritten frei, sich auf die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht (Vollmacht), zu berufen, doch genügt es auch hier, lediglich auf die gesetzliche Vertretungswirkung hinzuweisen, die als Folge der Kundgebung entsteht. Von Bedeutung wird die Auswahl der Haftungsbegründung erst dann, wenn der Geschäftsherr die rechtsgeschäftliche Erteilung der Vertretungsmacht nachträglich anficht.[4]) Würde man die Haftung alsdann lediglich auf Vollmacht stützen, so müßte sie im Falle der Anfechtung fortfallen. Die Tatsache der in den Verkehr gegebenen Vollmachtskundgebung aber, auf der in den §§ 171, 172 BGB. die Haftung begründet ist, bleibt auch nach der Anfechtung bestehen und begründet weiterhin die volle Haftung.[5])[6])

2] Wenn das Gesetz von Vertretungsbefugnis bezw. von Vertretungsmacht spricht so ist diese Ausdrucksweise irreführend. Sie ist deshalb auch des öfteren Gegenstand heftiger Angriffe gewesen; [vgl. Oertmann Anm. 1 a B zu § 171]. — Es ist richtig, daß die Ausdrucksweise des Gesetzes nicht dem Charakter der §§ 171, 172 als Schutzbestimmungen zugunsten gutgläubiger Dritter entspricht. Der „Vertreter" hat keine Macht oder Befugnis zur Vertretung, vom Standpunkt des gutgläubigen Dritten aus besitzt er sie nur scheinbar. Im übrigen ist der Streit lediglich ein Streit um Worte!

3] Auch diese Möglichkeit ist gegeben. Abzulehnen ist jedoch die Ansicht von Hölder und Leonhard, nach welcher die Kundgebung immer mit der Vollmachtserteilung gleichzusetzen ist. Siehe darüber Oertmann zu § 171 Anm. 1 a B und Wellspacher S. 85.

4] Daß die Anfechtung der Vollmachtserklärung stets möglich ist, wurde bereits oben S. 27, 30 dargelegt.

5] Daß die Kundgebung selbst unanfechtbar ist, wird unten S. 58 ff dargelegt

6] Die doppelte Haftungsbegründung bei der sog. externen Vollmacht übersieht u.a. Wellspacher; vgl. unten S. 105.

§ 10

Will man nunmehr den Sachverhalt, wie er den besprochenen Entscheidungen zugrunde liegt, mit dem Tatbestand der §§ 171, 172 BGB. vergleichen, so ist zuerst die Frage zu stellen: „Ist für die Haftung gemäß §§ 171, 172 BGB. das Vorhandensein eines objektiv rechtfertigenden Tatbestandes vorausgesetzt?" Diese Frage ist zu bejahen.

Unter dem objektiv rechtfertigenden Tatbestand ist — das sei nochmals wiederholt — ein Tatbestand zu verstehen, der bei Berücksichtigung von Treu und Glauben im Verkehr objektiv, d. h. in einem Menschen von durchschnittlichen Fähigkeiten den Glauben an eine vorhandene Vollmacht erweckt. Das objektive Moment in den §§ 171, 172 BGB. ist die besondere Mitteilung oder die öffentliche Bekanntmachung der stattgehabten Bevollmächtigung durch den „Vertretenen" bezw. die Vorlage der Vollmachtsurkunde durch den „Vertreter". Es handelt sich also um ganz bestimmte Vorgänge, die nach dem Gesetz den Glauben an eine bestehende Vollmacht begründen können. Der Gesetzgeber selbst ist demnach derjenige, der über das Rechtfertigungsvermögen des Tatbestandes urteilt. Von einer Beurteilung der äußeren Vorgänge durch den Verkehr ist nicht die Rede. Dieser Umstand hat eine Reihe von Wissenschaftlern veranlaßt, die Bestimmungen der §§ 171, 172 BGB. als Ausnahmevorschriften mit ganz besonderen Voraussetzungen anzusehen, die für jegliche analoge Anwendung untauglich seien. Diese Ansicht verkennt indeß, daß die §§ 171, 172 nur einen Spezialfall eines allgemeinen gesetzgeberischen Motivs darstellen. Eine das gleiche Prinzip zum Ausdruck bringende Bestimmung ist in dem § 56 HGB. gegeben. Nach ihr gilt eine in einem Laden oder offenen Warenlager angestellte Person als ermächtigt zu Verkäufen und Empfangnahmen, die in einem derartigen Laden oder Warenlager gewöhnlich geschehen. Es macht keinen Unterschied, daß der Gesetzgeber hier zu der Fiktion einerEr mächtigung greift, während er in den §§ 171, 172 BGB. von einer „Vertretungsmacht" redet, die wir als eine gesetzliche erkannt haben. Der objektive Tatbestand in § 56 HGB. ist das Angestelltsein. Voraussetzung für die Haftung des Geschäftsherrn ist jedoch nicht ein rechtswirksamer Anstellungsvertrag, sondern lediglich die Tatsache, daß eine Person in dem Laden oder offenen Warenlager beschäftigt ist. Das ergibt sich aus dem Charakter des § 56 HGB. als Schutzbestimmung. Das Vorhandensein eines Anstellungsvertrages zwischen Angestelltem und Prinzipal ist ein Umstand, der dem Dritten nicht ohne weiteres erkennbar ist. Des Schutzes bedürftig ist aber nur der Glaube, der sich an einem äußerlich wahr-

nehmbaren Vorgang anknüpft. „Angestelltsein" im Sinne des § 56 HGB. ist daher gleichzusetzen mit „als Angestellter tätig sein".[1])

Auf demselben Gedanken wie § 56 beruht § 527 HGB., doch ist auch hier für eine Beurteilung der Schutzwürdigkeit durch den Verkehr wegen des vom Gesetzgeber fest umgrenzten Tatbestandes kein Raum. Eine unmittelbare Verweisung auf die Verkehrsauffassung findet sich dagegen im bürgerlichen Gesetzbuch. § 701 Abs. 2 bestimmt: „Als eingebracht

---

[1]) Vergl. Wellspacher, Seite 109, Anm. 26; v. Seeler, a.a.o. Seite 48. — Zu dem objektiv schutzwürdigen Rechtsschein, der in dem äußeren Tätigsein des Angestellten zu erblicken ist, muß hier, wie in allen Fällen der Haftung aus Scheinvollmacht, natürlich die subjektive Zurechenbarkeit in der Person des „Vertretenen" hinzukommen, d. h. dem „Vertretenen" muß das Verhalten des „Vertreters" bekannt oder infolge von Fahrlässigkeit unbekannt sein; siehe unten S. 46 ff. Die herrschende Meinung (vgl. Staub zu § 56, Anm. 1) hält zwar auch ein Dienst- oder Vertragsverhältnis, oder gar ein Vertretungsverhältnis zwischen dem Prinzipal und dem „Vertreter" zur Haftungsbegründung nicht für erforderlich, sie verlangt aber, daß der „Vertreter mit dem Willen des Prinzipals in dem Geschäftsraum mit dem Publikum verkehrt. Die Ansicht berücksichtigt also nur den Fall, daß dem Prinzipal der objektiv schutzwürdige Rechtsschein bekannt ist, sie läßt den vertrauenden Dritten jedoch in dem Falle, daß die Unkenntnis des Prinzipals von dem Rechtsschein begründenden Sachverhalt auf Fahrlässigkeit beruht, leer ausgehen. Diese Auffassung läßt sich mit dem Zweck des § 56 nicht vereinbaren, weshalb Düringer-Hachenburg (§ 56, Anm. 1, Vorbem. zum 5. Abschn., Anm. 47) für eine analoge Anwendung des § 56 in dem Falle eintreten, wenn ein Kaufmann es aus Unachtsamkeit oder Nachlässigkeit unterläßt, zu verhindern, daß sein nicht für eine Tätigkeit im Laden bestimmter Angestellter gleichwohl im Laden als Verkäufer tätig wird." Der letzteren Ansicht ist im Ergebnis beizutreten; a. M.. Krause, Seite 151.

Eine Haftung des Geschäftsherrn ist zwar nicht in jedem Falle gegeben, indem sich ein Packer oder Reisender unbefugt als Verkäufer aufspielt. Das würde eine Art Gefährdungshaftung bedeuten! Indeß ist es nicht einzusehen, daß es unwillig wäre, den Geschäftsherrn haften zu lassen, wenn er durch mangelhafte Ueberwachung seines Personals die Täuschung des Dritten veranlaßt hat, zumal er zur Sorgfalt seinem Kunden gegenüber verpflichtet ist.

gelten die Sachen, welche der Gast dem Gastwirt oder Leuten des Gastwirts, die zur Entgegennahme der Sachen bestellt oder nach den Umständen als dazu bestellt anzusehen waren, übergeben ... hat." Zwar handelt es sich hier nicht um eine Haftung aus Scheinvollmacht, denn der Hoteldiener tätigt kein Rechtsgeschäft im Namen des Hoteliers, wenn er von dem Reisenden am Bahnhof die Koffer übernimmt. Die Haftung aus § 701 Abs. 2 (2 Alternative) könnte man etwa bezeichnen als die Haftung für einen scheinbaren Erfüllungsgehilfen. Jedenfalls bildet die Bestimmung des § 701 BGB. einen Anwendungsfall des im Verkehrsleben allgemeinen Gedankens des Vertrauensschutzes.

Diesen Gedanken hat Wellspacher für alle Gebiete des Privatrechts aufzudecken versucht, vor allem für das Fahrnis- und Grundbuchrecht, überhaupt für das gesamte Registerrecht, sowie für das Recht der Schuld- und Zessionsurkunde und für das Gebiet der Vollmacht. Wellspacher kommt deshalb für das gesamte Privatrecht zu folgendem Prinzip: „Wer im Vertrauen auf einen äußeren Tatbestand rechtsgeschäftlich handelt, der zufolge Gesetzes oder Verkehrsauffassung die Erscheinungsform eines bestimmten Rechtes, Rechtsverhältnisses oder eines anderen rechtlich relevanten Momentes bildet, ist in seinem Vertrauen geschützt, wenn jener Tatbestand mit Zutun desjenigen zustande gekommen ist, dem der Vertrauensschutz zum Nachteile gereicht."[2]) Es ist hier nicht der Platz, zu untersuchen, ob dieser Satz in seiner ungeheuren Tragweite für das gesamte Gebiet des Privatrechts Geltung beanspruchen kann. Für das Gebiet der Vollmacht jedoch, für das der Vertrauensschutz in besonderem Maße ein unabweisbares Bedürfnis ist, kann und muß unbedenklich angenommen werden.

Doch wir sind vorläufig erst bei dem Erfordernis eines objektiv rechtfertigenden Tatbestandes! Aus den verschiedenen einschlägigen, gesetzlich bestimmten Tatbeständen und der auch im übrigen ersichtlichen Tendenz unseres Privatrechts ist der Schluß zu ziehen, daß die §§ 171, 172 BGB. keine Ausnahmevorschriften enthalten, daß sie sich vielmehr als Spezialfälle eines allgemeinen Gedankens darstellen, die sich gegenüber den nicht ausdrücklich geregelten Fällen lediglich dadurch auszeichnen, daß sie die praktisch wichtigsten sind. In ihnen hat der Gesetzgeber das Vorhandensein eines objektiv rechtfertigenden Tatbestandes ein für allemal festgestellt und damit die Verkehrsauffassung sozusagen gesetzlich sanktioniert. Im übrigen aber wird die Frage der Schutzwürdigkeit eines Rechtsscheines von der Verkehrsauffassung selbst unter Berücksichtigung von Treu und Glauben

2] Wellspacher S. 115.

entschieden. — Hiernach ergibt sich also, daß der von der Praxis als Voraussetzung für die Haftung aus Scheinvollmacht vorausgesetzte objektiv rechtfertigende Tatbestand eine analoge Anwendung der §§ 171, 172 BGB. nicht ausschließt.

Bevor wir zur Besprechung des nächsten Grundsatzes übergehen, muß in diesem Zusammenhang noch eine Unklarheit beseitigt werden. Es fragt sich nämlich, wessen Verhalten die Grundlage für den objektiv rechtfertigenden Tatbestand abgibt. Die Rechtsprechung hat immer wieder die überragende Bedeutung des Verhaltens des Vertretenen hervorgehoben. Statt vieler Zitate sei nur das folgende angeführt. „Für die Frage der stillschweigenden Vollmachtserteilung kommt es nicht sowohl darauf an, ob der Vertretene das Geschäftsgebahren des Vertreters gekannt und geduldet hat, als vielmehr darauf, wie das ganze Verhalten des Vertretenen in Ansehung der Handlungen des Vertreters von dem mit diesem kontrahierenden Dritten aufgefaßt werden mußte, ob es von ihm nach Treu und Glauben dahin gedeutet werden durfte, daß der Vertretene bei Aufwendung der erforderlichen Sorgfalt von dem Verhalten des Vertreters Kenntnis haben müsse und es dulde."[3]) Die Tatsache, daß das Reichsgericht die Frage des objektiv rechtfertigenden Tatbestandes nach dem Verhalten des Vertretenen entscheidet, läßt sich aus der rechtlichen Begründung erklären, die in der Praxis gebräuchlich ist. Bei der Konstruktion einer stillschweigenden Bevollmächtigung kann naturgemäß nur an dem Verhalten des Vollmachtgebers gemessen werden, ob die Annahme einer konkludenten Willenserklärung objektiv gerechtfertigt erscheint. Indeß entspricht diese Konstruktion nicht dem Gedanken des Verkehrsschutzes, dem die einschlägige Rechtsprechung ohne Zweifel ihre Entstehung verdankt. In den weitaus meisten Fällen ist der Geschäftsherr dem Dritten persönlich unbekannt und sein Verhalten dessen Beurteilung entzogen. Für die Frage des rechtfertigenden Tatbestandes ist deshalb das Gebahren des Vertreters ebenso wichtig, wie das des Vertretenen. Es kommt lediglich darauf an, wessen Verhalten dem Dritten erkennbar war. Hat der Dritte allein mit dem Vertreter verhandelt, so ist aus dessen Verhalten zu prüfen, ob es den Schein einer Vollmacht zu begründen vermag. War dem Dritten auch das Verhalten des Vertretenen gegenüber dem Vertreter äußerlich erkennbar, so ist auch dieses bei der Beurteilung des objektiv rechtfertigenden Tatbestandes zu berücksichtigen. — Eine andere Frage ist die nach den Beziehungen des Vertretenen zu dem rechtfertigenden Tatbestand. Es geht selbstverständ-

3] RG. in Warn. 1926 Nr. 154.

lich nicht an, daß der Geschäftsherr stets bedingslos haften soll, wenn sein Angestellter den Schein einer Vollmacht erweckt hat. Vielmehr muß der Rechtsschein dem Geschäftsherrn irgendwie zugerechnet werden können.[4]) Es ist jedoch nicht nötig, daß der Schein sich aus einem für den Dritten erkennbaren äußeren Verhalten des Vertretenen selbst ergibt.

§ 11

Die Frage der Zurechenbarkeit führt uns zu dem nächsten Vergleichungspunkt. Wir hatten gesehen, daß die Praxis als Voraussetzung der Haftpflicht Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Vertretenen von der Handlungsweise des Vertreters verlangt. Bedeutet diese Voraussetzung, wenn man die aus Treu und Glauben zu folgernde Pflicht, bei Kenntnis der wahren Sachlage dem täuschenden Verhalten des „Vertreters" entgegen zu wirken, berücksichtigt, ein schuldhaftes Verursachen des Rechtsscheins und findet sich in den §§ 171, 172 BGB. ein analoges Erfordernis?

Im § 171 BGB. ergibt sich der Rechtsschein aus der Tatsache, daß der Vertretene die angeblich erfolgte Vollmachtserteilung kundgegeben hat. Daß die Kundgebung vorsätzlich, d. h. in Kenntnis und Billigung einer durch sie herbeigeführten Täuschung des Dritten erfolgt ist, oder daß dem Vertretenen in Bezug auf die Entstehung des Rechtsscheins eine Fahrlässigkeit zur Last fällt, d. h., daß er bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt den täuschenden Erfolg der Kundgebung hätte erkennen müssen, wird nicht vorausgesetzt. Zur Haftung genügt lediglich die Tatsache, daß der Geschäftsherr von der angeblich stattgefundenen Bevollmächtigung in einer für den Dritten erkennbaren Weise Mitteilung gemacht hat. Er wird nicht etwa mit der Entschuldigung gehört, daß er ohne Fahrlässigkeit angenommen habe, die angeblich Vollmachtserteilung sei durch Erklärung gegenüber dem zu Bevollmächtigenden wirksam geschehen, während sie in Wirklichkeit wegen eines Mangels in der Person des „Vertreters" nichtig war. Man kann daher feststellen, daß die Bindung des Vertretenen nicht auf dem Verschuldensprinzip, sondern auf dem Veranlassungsprinzip beruht. Diese Feststellung wird durch die Regelung des § 172 BGB. bestätigt. § 172 ist deshalb zur Prüfung dieser Frage besonders gut geeignet, weil sich in ihm der rechtfertigende Tatbestand — wie auch in den meisten praktischen Fällen — nicht aus einem Verhalten des Haftenden selbst ergibt. Der Rechtsschein beruht hier auf der Tatsache, daß der Ver-

1] Vgl. die Ausführungen unten § 11.

treter dem Dritten eine Vollmachtsurkunde vorlegt. — Dieser Tatbestand wird dem Vollmachtgeber deshalb zugerechnet, weil er dem Vertreter die Urkunde ausgehändigt und dadurch die Ursache dafür gesetzt hat, daß der Vertreter die Urkunde dem Dritten vorlegen konnte. Dazu kommt die Unterlassung, dem Dritten die nachträgliche Aufhebung bezw. Aenderung der Vollmacht oder das ursprüngliche Nichtbestehen derselben kundzutuen. Auch hier kann sich der Geschäftsherr nicht etwa durch die Erklärung befreien, daß er dem Vertreter den Gebrauch der Urkunde bei der Aushändigung einstweilen untersagt habe und daß er nach der Persönlichkeit des Vertreters ohne Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt angenommen habe, jener werde sich an das Verbot halten. Auch hier genügt also bloße Verursachung des Rechtsscheins durch Aushändigung der Urkunde.[1])

Wenn nun in der Literatur aus dem Umstand, daß die Praxis Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Vertretenen von dem Verhalten des Vertreters verlangt, gelegentlich gefolgert wird, die Rechtsprechung fuße auf dem Schuldprinzip,[2]) so beruht diese Folgerung unseres Erachtens auf einer Verkennung der Ursächlichkeit des Unterlassens.

Der unmittelbare Grund der Haftung ist der durch äußere Umstände hervorgerufene Schein der Vollmacht, bezw. die dadurch eintretende Täuschung des Dritten. Die Beziehung des Geschäftsherrn zu dem Rechtsschein besteht in der Mehrzahl der praktischen Fälle in dem Unterlassen, dem Schein der Vollmacht entgegen zu wirken. Kennt der Geschäftsherr den äußeren Sachverhalt, der den Rechtsschein unmittelbar begründet, so ist damit noch nicht etwa gesagt, daß durch seine Untätigkeit die Täuschung des Dritten schuldhaft verursacht worden sei. Dazu bedürfte es weiterhin der subjektiven Zurechenbarkeit des rechtswidrigen Erfolges. Für eine vorsätzliche Verursachung müßte daher außer der Kenntnis des äußeren Sachverhalts ferner die Kenntnis und Billigung des täuschenden Erfolges festgestellt werden.[3]) Meistens wird diese Voraussetzung jedoch fehlen, weil sich der Geschäftsherr trotz seiner Kenntnis von den äußeren Umständen des darauf beruhenden Rechtsscheins nicht bewußt ist. Es bliebe alsdann noch die Möglichkeit fahrlässiger Verursachung, die nur dann gegeben ist, wenn der Geschäftsherr bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt den täu-

1] Eine Reihe von Schriftstellern, z.B von Seeler, S. 40, Isay, S. 239, Hupka, S. 174 lassen es im Sinne des § 172 sogar genügen, wenn der Vertretene die Urkunde zwar nicht ausgehändigt, wohl aber ausgestellt hat. Eine solche Annahme steht jedoch mit dem klaren Wortlaut des § 172 in Widerspruch. Vgl. Goldberger S. 57, Anm. 11.

2] Vgl. z. B. Manigk S. 649, Anm. 98 und die dort Zitierten

3. Ist diese Voraussetzung gegeben, so kommt man auch aus dem Gesichtspunkt des § 826 BGB bezw. über den Weg aus § 116 BGB. zu einer Haftung des Vertretenen siehe unten S. 16 Anm. 5.

schenden Erfolg des ihm bekannten Verhaltens des Vertreters hätte erkennen müssen. In dieser Richtung sind jedoch in der Praxis niemals Feststellungen getroffen worden. Das RG. hat sich stets mit der Kenntnis des äußeren Sachverhalts begnügt und damit lediglich dem Veranlassungsprinzip Genüge getan. Denn eine Unterlassung ist nur dann kausal, wenn die Handlung, die den Erfolg verhindert hätte, möglich war.[4]) Diese Möglichkeit besteht in den vorliegenden Fällen jedoch nur bei Kenntnis des den Rechtsschein begründenden äußeren Verhaltens des Vertreters.[5])

Wenn die Praxis ferner im Falle des unbewußten Duldens prüft, ob der Geschäftsherr bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, der dem Rechtsschein zugrunde liegt, hätte kennen müssen, so huldigt sie auch damit nicht dem Verschuldensprinzip. Bei unbewußten Dulden, bezw. bei unbewußter Unterlassung ist zur Begründung des bloßen Kausalzusammenhangs bereits die Feststellung notwendig, daß den Geschäftsherrn inbezug auf die Unkenntnis des Sachverhalts, auf dem die Täuschung unmittelbar beruht, eine Fahrlässigkeit zur Last fällt. Denn nur dann, wenn er den täuschenden Tatbestand kannte, bezw. kennen mußte, war ihm ein positives Eingreifen möglich. Will man bei unbewußter Unterlassung eine schuldhafte Verursachung feststellen, so muß zu der Fahrlässigkeit hinsichtlich der Unkenntnis des Sachverhalts noch eine weitere Fahrlässigkeit inbezug auf die Voraussicht des täuschenden Erfolges hinzukommen. D. h. es muß feststehen, daß der Geschäftsherr bei Kenntnis des äußeren Sachverhalts — den er in Wirklichkeit fahrlässigerweise nicht kennt — und bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt sich hätte sagen müssen, daß der Dritte auf das Vorhandensein einer Vollmacht schließen dürfe und schließen werde.

Es ist daher folgendes Ergebnis festzustellen. Bei Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis des Geschäftsherrn von dem Sachverhalt, auf dem der Rechtsschein bezw. die Täuschung des Dritten unmittelbar beruht, kann man unter Berücksichtigung der sich aus Treu und Glauben ergebenden Pflicht, den Rechtsschein zu vernichten, lediglich feststellen,

4] Dazu kommt die Rechtspflicht zum Handeln, die hier aus Treu und Glauben gefolgert werden muß. Im Gewerbebetrieb eines Kaufmanns spricht stets die Vermutung dafür, daß die wirkliche Rechtslage mit dem äußeren Schein übereinstimmt. Der Kaufmann hat die Pflicht, allen denen, die mit ihm geschäftlich in Verbindung treten, die Verschiedenheit von Schein und Sein mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns kundzumachen.

5] Außer der Kenntnis vermag auch die auf Fahrlässigkeit beruhende Unkenntnis die Kausalreihe zu schließen; vgl. die im Text folgenden Ausführungen. Die Fahrlässigkeit begründet hierbei jedoch nur den einfachen Kausalzusammenhang, nicht etwa eine **schuldhafte** Verursachung, weil sie nicht in unmittelbarer Beziehung zu dem verursachten Erfolg steht.

daß die Unterlassung die Täuschung verursacht hat. Die Fahrlässigkeit, die den Geschäftsherrn im Hinblick auf die Unkenntnis des rechtfertigenden Tatbestandes trifft, bildet für sich nur ein Glied in der Kausalreihe zwischen dem Unterlassen und dem täuschenden Erfolg, d. h. ohne diese Fahrlässigkeit wäre die Täuschung des Dritten durch das Unterlassen des Geschäftsherrn gar nicht verursacht worden. Die Fahrlässigkeit tritt also nicht als neues Tatbestandsmerkmal neben den Kausalzusammenhang. Eine schuldhafte Verursachung wäre erst dann festzustellen, wenn zu dem ursächlichen Zusammenhang die subjektive Zurechenbarkeit des Erfolges hinzukäme, wenn also der Geschäftsherr entweder die Täuschung des Dritten gewollt hätte (Vorsatz), oder die Täuschung bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte voraussehen müssen (Fahrlässigkeit). — Feststellungen in dieser Richtung sind in der Rechtspraxis nirgends getroffen worden, weshalb die Behauptung, die Rechtsprechung beruhe auf dem Verschuldensprinzip, zu Unrecht aufgestellt worden ist. In den einschlägigen Entscheidungen hat das RG. als Voraussetzung der Haftung lediglich verlangt, daß der Geschäftsherr die den Rechtsschein und damit die Täuschung des Dritten unmittelbar begründenden Umstände kannte oder kennen mußte; dadurch hat es allein den Veranlassungsprinzip Genüge getan.

In der Tat wird nur das Veranlassungsprinzip dem Grundgedanken der Rechtsprechung — Schutz des gutgläubigen Dritten — gerecht. Es geht nicht an, daß bei einem Sachverhalt, bei dem weder dem Dritten, noch dem Geschäftsherrn hinsichtlich der auf dem Rechtsschein beruhenden Täuschung ein Verschulden zur Last fällt, das Risiko dem Dritten auferlegt wird. Der gute Glaube des Dritten ist bei mangelndem Verschulden auf Seiten des Geschäftsherrn genau so schutzwürdig, wie beim Vorliegen einer Schuld. In jedem Falle muß den Geschäftsherrn, der den guten Glauben veranlaßt hat, die Haftung treffen. Wenn z. B. Erbach[6]) im Anschluß an Manigk ausführt, daß zwecks Vermeidung von Einseitigkeiten die Verantwortlichkeit eine beiderseitige sein müsse, aufgebaut auf dem Grundsatz von Treu und Glauben, und daß Zurechnung und Schuld als Grundlage der Verantwortlichkeit anzuerkennen seien, so hat er dabei offenbar nur die Fälle des unbewußten Duldens im Auge. Denn für den Fall, daß der Geschäftsherr den Erklärungstatbestand bewußt gesetzt hat, verlangt auch Erbach ein Verschulden nicht.[6a]) Wenn man nun berücksichtigt, daß im Falle des unbewußten Duldens auch nach der hier vertretenen Ansicht eine Fahrlässigkeit des Geschäftsherrn inbezug auf die Unkenntnis des rechtfer-

6) Die stillschweigende Vollmachtserteilung, S. 22 ff.
6a) Vgl. a.a.o. S. 27

tigenden Tatbestandes vorliegen muß, so scheinen die äußerlich verschiedenen Meinungen im Ergebnis übereinzustimmen. Nur übersieht Erbach, daß diese Fahrlässigkeit lediglich ein Glied in der Kausalreihe bildet, daß sie aber zu dem täuschenden Erfolg in keiner unmittelbaren Beziehung steht, die dessen subjektive Zurechenbarkeit rechtfertigen könnte, weshalb auch von einem Verschulden im Hinblick auf den Erfolg nicht gesprochen werden kann. — Die Härten, die das Veranlassungsprinzip ohne Zweifel gelegentlich für den Geschäftsherrn im Gefolge hat, lassen sich zum großen Teil durch die Anwendung der adaequaten Verursachungstheorie, nach welcher Ursache nur die Bedingung ist, welche nach allgemein menschlicher Erfahrung generell zur Herbeiführung des Erfolges geeignet ist, ausgleichen.[6b])

[6b]) Auch Krause, Seite 150 ff., stellt sich auf den Standpunkt der Verursachungstheorie. Wenn er jedoch ausführt, daß ein Unterlassen nur dort einen Rechtsschein zu begründen vermöge, wo das Unterlassen als solches zu dem den Rechtsschein begründenden tatsächlichen Moment gehört, so kann ihm insoweit nicht zugestimmt werden. Krause geht von dem Satz aus, daß nicht die Aenderung oder Aufhebung eines Rechts, sondern die frühere Existenz des Rechts in Verbindung mit der Nichtkundbarmachung der Aenderung oder Aufhebung den Schein des Fortbestandes begründe, und daß umgekehrt der Schein des Bestehens eines in Wahrheit nie vorhanden gewesenen Rechtes nicht etwa durch die Nichtkundbarmachung seines Nichtbestehens begründet werde. Demgegenüber muß festgestellt werden, daß sowohl in dem Falle des Nichtbestehens eines Rechtes der Rechtsschein des Bestehens dadurch begründet wird, daß der Geschäftsherr die Pflicht, seine Kontrahenten über die wahre Rechtslage aufzuklären, vernachlässigt hat. Eine solche Pflicht besteht aber nicht nur dann, wenn es sich um die Aenderung oder Aufhebung eines bestehenden Rechtes handelt, sondern auch dann, wenn ein Recht niemals vorhanden war, aber vorhanden zu sein schien. Die Aufklärungspflicht ist in den weitaus meisten Fällen der sog. Scheinvollmacht aus Treu und Glauben oder aus einem etwa durch frühere Geschäftsverbindung bereits begründeten Vertrauensverhältnis zu schließen; vgl. oben Seite 48, Anm. 4). Der Schein eines niemals vorhanden gewesenen Rechtes wird also dann durch die Nichtkundbarmachung seines Nichtbestehens veranlaßt, wenn die Pflicht zur Kundbarmachung des Nichtbestehens gegeben ist.

Mit der Erkenntnis, daß die Rechtsprechung in Wahrheit auf dem Veranlassungsprinzip beruht, müssen wir zugleich feststellen, daß sie auch insoweit mit der gesetzlichen Regelung der §§ 171, 172 BGB. übereinstimmt.

§ 12

Da die Rechtsprechung den Dritten nur dann schützt, wenn er hinsichtlich des Mangels der Vollmacht gutgläubig ist, so läßt sich der dritte Vergleichspunkt zwischen den Tatbeständen der einschlägigen Entscheidungen und den § 171, 172 BGB. in der Frage zusammenfassen: Enthalten die §§ 171, 172 BGB. Schutzvorschriften zugunsten gutgläubiger Dritter?

Der Charakter dieser Normen wird insoweit durch § 173 BGB., dessen Wortlaut einen viel erörterten Zweifel in sich birgt, bestimmt. § 173 BGB. beschränkt nur in den Fällen der §§ 170, 171 Abs. 2 und 172 Abs. 2, d. h. nur hinsichtlich des Erlöschens der Vertretungsmacht den Schutz auf gutgläubige Dritte. Daraus ist vielfach der Schluß gezogen worden, daß hinsichtlich des Entstehens der Vertretungsmacht der Schutz des Dritten auch bei bösem Glauben eintritt. Das würde bedeuten, daß die §§ 170—173 nicht den Schutz des gutgläubigen Dritten, sondern die Respektierung unbedingter Verkehrssicherheit bezwecken.[1]) Die Entscheidung dieser Zweifelsfrage ist für uns deshalb wichtig, weil die Praxis in den besprochenen Fällen stets nur dann Schutz gewährt, wenn der Dritte auch hinsichtlich der Entstehung der Vollmacht im guten Glauben handelt. Das Ergebnis der nachstehenden Ausführungen besteht in der Feststellung, daß die §§ 171, 172 reine Schutzbestimmungen zugunsten gutgläubiger Dritter darstellen und daß deshalb die analoge Anwendung des § 173 auf die Fälle der §§ 171, Abs. 1 und 172, Abs. 1 nach dem Sinne des Gesetzes geboten erscheint.

Die §§ 170 bis 173 BGB. haben nach ihrem Wortlaut offenbar nur den Fall zur Voraussetzung, daß eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht (Vollmacht) ursprünglich vorgelegen hat. § 170, auf den im § 173 Bezug genommen ist, setzt ja stets voraus, daß eine wirksame Bevollmächtigung ursprünglich erfolgt ist, und zwar durch Erklärung gegenüber dem Dritten. Diese Vollmacht kann ohne Wissen des Dritten, beispielsweise durch Widerruf gegenüber dem Bevollmächtigten (§§ 168 Satz 3, 167 Abs. 1), zum Erlöschen gebracht werden. In diesem Falle

1] Vgl. den Stand der Meinungen bei Oertmann zu § 173; neuerdings auch Manigk S. 610 f.

hat § 173 den Sinn, daß der Dritte, der das Erlöschen nicht kennt, in dem guten Glauben an den Fortbestand der Vollmacht geschützt wird. — Das gleiche ist für die Fälle der §§ 171, 172 zu sagen, wenn der Vollmachtskundgebung eine wirkliche Bevollmächtigung ursprünglich zugrunde lag. Auch hier kann die Vollmacht beim Abschluß des Rechtsgeschäftes mit dem Vertreter bereits ohne Wissen des Dritten wieder erloschen sein. In diesem Falle besagt § 173, daß die Vertretungsmacht trotz des Erlöschens der Vollmacht nunmehr zum Schutze des gutgläubigen Dritten kraft Gesetzes bestehen bleibt. Wenn also der Kundgebung der Vollmacht eine wirkliche Bevollmächtigung zugrunde gelegen hat, so hat man unter dem „Erlöschen der Vertretungsmacht" im Sinne des § 173 das Erlöschen der Vollmacht zu verstehen.

Schwieriger zu lösen aber ist die Frage nach dem Sinn des § 173 BGB. wenn der Kundgebung eine Vollmachtserteilung in Wirklichkeit nicht vorangegangen ist, sei es daß sie infolge von Willensmängeln von vornherein nichtig war, oder sei es daß der Vertretene irrtümlich oder in böser Absicht eine falsche Mitteilung gemacht hat. Wenn man davon ausgeht, daß die §§ 171, 172 auch für diesen Fall Geltung haben, daß also auch bei einem von Anfang an bestehenden Mangel einer Vollmacht eine Vertretungswirkung lediglich aufgrund der Kundgebung entsteht, die bis zum gleichartigen Widerruf in Kraft bleibt, so steht man hinsichtlich des Wortlautes des § 173 BGB. vor einem Rätsel. — Alsdann kann man die Worte „Erlöschen der Vertretungsmacht" in § 173 nicht dahin auslegen, daß darunter das Erlöschen der Vollmacht zu verstehen sei; denn war eine solche nie vorhanden, so kann der Dritte auch ihr Erlöschen nicht kennen.

Andererseits ist auch nicht auf die Weise Sinn in den § 173 hineinzubringen, daß man sagt: Unter Vertretungsmacht im Sinne des § 173 ist die gesetzliche Vertretungsmacht zu verstehen, die aufgrund der Vollmachtskundgebung entsteht. Diese bleibt grundsätzlich gemäß §§ 171, Abs. 2, 172 Abs. 2 bis zum Widerruf der Kundmachung in Kraft. Außerdem aber erlischt sie, ebenso wie rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht, in analoger Anwendung der §§ 168, 167 Abs. 1 BGB. durch Widerruf auch gegenüber dem „Bevollmächtigten". Ist die Vertretungsmacht auf letztere Art vernichtet worden, so soll derjenige, der davon Kenntnis hatte bezw. haben mußte, sich nicht auf die in den §§ 171 Abs. 2, 172 Abs. 2 bestimmte Fortdauer berufen können.

Eine solche Argumentation ist indeß nicht möglich. Die auf der Kundgebung beruhenden Vertretungswirkungen können nicht durch eine

Widerrufserklärung gegenüber dem „Bevollmächtigten" aufgehoben werden. Es ist regelmäßig und fast selbstverständlich, eine Kundgebung demjenigen gegenüber zu widerrufen, dem gegenüber man sie abgegeben hat.[2]) Von diesem Grundsatz ist für den Widerruf der Vollmacht aus Gründen der Leichtigkeit des Verkehrs eine Ausnahme gemacht worden, zumal auch die Erteilung der Vollmacht nach zwei Richtungen hin erfolgen kann; (§ 167 BGB). Eine Ausnahmevorschrift ist aber nicht zur analogen Anwendung geeignet. Dies hier umso weniger, da gleichsam als Gegengewicht gegen die leichte Widerrufsmöglichkeit der Vollmacht durch die Regelung der §§ 170 ff. der Kundgebung der Vollmacht bezw. der auf ihr beruhenden gesetzlichen Vertretungsmacht starke Geltungskraft verliehen werden sollte. — Ueberdies haben die §§ 171 Abs. 2, 172 Abs. 2 BGB. so klar und eindeutig ausgesprochen, daß die aufgrund der Kundgebung entstandene Vertretungsmacht solange bestehen bleibt, bis die Kundgebung in derselben Weise, wie sie erfolgt ist, widerrufen wird, daß sie insoweit als ausschließliche Bestimmungen gelten müssen.

Wenn also die auf der Kundgebung der Vollmacht beruhende gesetzliche Vertretungsmacht nur gemäß §§ 171, Abs. 2, 172 Abs. 2 erlöschen kann, so steht fest, daß sie mit der Vertretungsmacht im Sinne des § 173 nicht identisch ist. Es scheint daher nur noch die Feststellung möglich zu sein, daß § 173 lediglich für den Fall, daß der Kundgebung eine wirkliche Vollmacht ursprünglich zugrunde lag, die Haftung des Geschäftsherrn auf gutgläubige Dritte beschränken will, während in dem Fall, daß eine Vollmacht von vornherein fehlte, auch der Bösgläubige geschützt werden soll. Diese Auslegung, die zwar mit dem Wortlaut des § 173 übereinstimmt, entspricht jedoch keineswegs dem Grundgedanken des Gesetzes, von dem abzuweichen eine Veranlassung nicht ersichtlich ist. Es ist ein allgemeines gesetzgeberisches Prinzip, nur den redlichen Dritten zu schützen. Es ist insoweit von Seeler[3]) zuzustimmen, wenn er ausführt: „Ein dem Dritten, auch abgesehen von seiner Redlichkeit, gewährter Schutz ist etwas so ungewöhnliches und von den Fundamentalsätzen unseres Rechts so sehr abweichendes, daß er im Zweifel nicht anzunehmen ist. Eine solche Annahme erscheint nur dann gerechtfertigt, wenn der Gesetzgeber die ihn hierzu veranlassenden besonderen Erwägungen ausspricht und wenn sein dahingehender Wille klar und unzweideutig im Gesetz selbst zum Ausdruck kommt. Das aber liegt hier nicht vor: nirgends ist in den Materialien klar und deutlich ausgesprochen, weshalb in Ansehung des Fortbestehens der Vollmacht nur der redliche Dritte geschützt werden soll, in Ansehung der wirksa-

2] Vgl. § 143, Aas. 3 BGB.
3] a.a.O. S. 42.

men Begründung der Vollmacht aber auch der unredliche; der Wortlaut des Gesetzes selbst kann aber nach keiner Richtung hin als klar und unzweideutig bezeichnet werden. Auch in der Literatur habe ich bisher nirgends eine auch nur einigermaßen überzeugende Rechtfertigung dieser Unterscheidung gefunden."[4])

Eine befriedigende Lösung der hier besprochenen Frage läßt sich nur so finden, daß man einen Redaktionsfehler in der Gesetzgebung annimmt. Es ist bereits oben festgestellt worden, daß der Wortlaut des Gesetzes nur den Fall trifft, daß eine Vollmacht ursprünglich vorlag. Der Fall, der doch von den §§ 171, 172 ohne Zweifel erfaßt werden sollte, daß nämlich der Kundgebung eine wirksame Vollmacht nicht zugrunde gelegen hat, ist bei der Wortfassung des § 173 offenbar übersehen worden. Wenn wir daher im ersteren Falle die Worte „Erlöschen der Vertretungsmacht" in § 173 gleichbedeutend mit „Erlöschen der Vollmacht" erachteten, so ist im letzteren Falle eine weitere Textänderung notwendig. Um auch ihn zu erfassen, muß man statt „Erlöschen der Vollmacht" „Mangel der Vollmacht" lesen.[5]) Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der Schutz des Dritten, wie er sich aus den §§ 171, 172 BGB. ergibt, nur dann eintritt, wenn der Dritte sowohl hinsichtlich der mangelnden Entstehung als auch hinsichtlich des Erlöschens der Vollmacht gutgläubig ist. Die Vorschrift des § 173 BGB. ist daher auf die Fälle, in denen eine Vollmacht niemals bestanden hat, analog anzuwenden.[6])

Wenn, wie soeben festgestellt worden ist, die §§ 170 bis 173 BGB. reine Schutzvorschriften zugunsten gutgläubiger Dritter darstellen, so folgt daraus für die eigentliche Kernfrage der Untersuchung, daß auch insoweit die analoge Anwendung der §§ 171, 172 auf die von der Praxis entschiedenen Fälle der sog. Scheinvollmacht möglich ist. Denn auch die Rechtsprechung gewährt in jedem Falle nur einem redlichen Dritten Schutz.

4] Die Gründe die z.B. Oertmann zu § 173 Anm. 1 für seine abweichende Ansicht vorbringt, sind nach seiner eigenen Erklärung nicht zwingend.

5] Wenn also der Text des § 173 entsprechend umgeändert würde, müßte er folgendermaßen lauten

„Die Vorschriften der §§ 170 bis 172 finden keine Anwendung, wenn der Dritte den Mangel der Vollmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muß."

6] Ebenso Eck, S. 188, Erbach, S. 20, Goldmann Lilienthal S. 211, Anm. 24, Goldberger S. 87. Hüpka S. 225 bis 227. Kipp-Windscheid § 74 II, 4 b, Leonhard S. 322 Anm. 2, Matthiass S. 240, Regelsberger in Iherings Jahrb. 58, 166, Wellspacher, Plank zu § 167. Anderer Meinung Staudinger-Coermann § 171 Anm. 13, von Tuhr III S. 382 Anm. 30, Zitelmann Allg. Teil, S. 122 [anderes da lege ferenda! vgl. Rechtsgeschäft S. 200], Biermann S. 117, Cosack S. 234, Manigk, S. 611 Anm. 37, Krause a.a.O. S. 165 f.

§ 13

Als vierte Voraussetzung für die Haftung aus Scheinvollmacht verlangt die Praxis Kausalzusammenhang zwischen dem Abschluß des Rechtsgeschäfts mit dem „Vertreter" und dem rechtfertigenden Tatbestand. Der Dritte muß sich also zum Abschluß des Rechtsgeschäfts durch den rechtfertigenden Tatbestand einer vorhandenen Vollmacht haben bestimmen lassen, d. h. sowohl die äußeren Umstände, welche die Annahme einer Vollmacht objektiv gerechtfertigt erscheinen lassen, als auch die Tatsachen, aufgrund deren der schutzwürdige Rechtsschein dem Geschäftsherrn zugerechnet wird, müssen zu seiner Kenntnis gelangt sein.[1]) Diesem Erfordernis ist auch in den §§ 171, 172 Rechnung getragen worden und steht auch insoweit ihrer analogen Anwendung kein Hindernis entgegen.

§ 171 verlangt als Voraussetzung der Haftung besondere Mitteilung bezw. öffentliche Bekanntmachung der angeblich erfolgten Vollmachtserteilung. Da hierin sowohl der objektiv rechtfertigende Sachverhalt als auch der Umstand, kraft dessen die Zurechnung erfolgt (Veranlassung), zu erblicken ist, so sind beide Tatbestandsmerkmale der Scheinvollmacht dem Dritten bekannt geworden.

Wenn Goldberger (S. 18) ausführt, daß es vom Gesetz als ausreichend erachtet würde, daß eine Verlautbarung der Vollmacht objektiv vorlag, wenn auch der Dritte von ihr keine Kenntnis gehabt und demgemäß auch nicht im Vertrauen auf sie mit dem Vertreter abgeschlossen habe, so will er damit für die Kundgebung der Bevollmächtigung offenbar die Empfangstheorie[2]) zur Geltung bringen bezw. § 130 Abs. 1 BGB. analog anwenden. — Wir möchten indeß für die Kundgabe der Vollmachtserteilung im Sinne des § 171 der Vernehmungstheorie den Vorzug geben, d. h. wirkliche Kenntnisnahme des Dritten verlangen. Eine direkte Anwendung des § 130 ist nicht geboten, da die Kundgebung im Sinne des §171 keine Willenserklärung darstellt. Im übrigen fehlen ihr aber auch die Beweggründe, die zur Ausbildung der Empfangstheorie geführt haben. Eine Willenserklärung soll mit dem Zugehen deswegen beendet sein, weil ihr Rechtserfolg lediglich vom Willen des Erklärenden abhängig sein muß. Würde man eine wirkliche Kenntnisnahme des Dritten verlangen, so wäre der Erfolg in Wahrheit nicht nur von dem Erklä-

1] Bei Kenntnis wird der Kausalzusammenhang vermutet. Eine absolute Gewißheit über den inneren Beweggrund des Handelns ist natürlich niemals gegeben!

2] Nach dieser Theorie ist eine Willenserklärung dann beendet, wenn sie dem Gegner zugegangen d.h. wenn sie in diesen Machtbereich gelangt ist. Eine wirkliche Kenntnisnahme ist nicht erforderlich.

renden, sondern zugleich von einer Mitwirkung des Gegners abhängig, durch deren Versagung dieser den Erfolg vereiteln könnte. Die Empfangstheorie bezweckt also in erster Linie den Schutz des Erklärenden.[3]) Die §§ 171, 172 aber haben im Gegensatz dazu den Schutz des Erklärungsgegners zum Ziel. Dieser bedarf aber nicht schon dann des Schutzes, wenn er die Erklärung wahrnehmen konnte, sondern erst dann, wenn er sie wirklich wahrgenommen hat. Die Empfangstheorie würde also, zum Schutze des Dritten angewendet, weit über das gesteckte Ziel hinausgehen. Mit dem Grundgedanken der §§ 171, 172 stimmt dagegen die Vernehmungstheorie überein; nach ihr ist die Erklärung vollendet, wenn sie wahrgenommen ist.

Aber auch dann, wenn man auf die Bekanntmachung der Vollmacht im Sinne des § 171 die Empfangstheorie anwendet, ist dem Erfordernis des Kausalzusammenhanges wenigstens theoretisch Genüge getan. Diese Theorie geht nämlich von der Fiktion aus, daß die Erklärung, die in dem Machtbereich des Erklärungsempfängers gelangt ist, dem letzteren bekannt geworden ist.[4]) Dasselbe gilt insbesondere für den Fall der öffentlichen Bekanntmachung. Auch hier ist, wie in anderen Gebieten der Rechtsordnung, davon auszugehen, daß der Gesetzgeber das allgemeine Bekanntwerden der öffentlichen Kundgebung präsumiert. Ein anderer Sinn liegt der öffentlichen Bekanntmachung etwa im Aufgebotsverfahren oder bei der öffentlichen Zustellung nicht zugrunde. —

Von dem hier angedeuteten Gesichtspunkt aus ist die Ansicht Wellspachers unrichtig, der die analoge Anwendung des § 171 verneint, eben weil die öffentliche Bekanntmachung als Voraussetzung der Haftung genügt, ohne daß darauf Wert gelegt wird, ob sie dem Dritten bekannt geworden ist.[5]) Wellspacher stützt seine Analogie lediglich auf § 172 BGB. Ihm ist zwar insofern zuzustimmen, als das Erfordernis des Kausalzusammenhangs zwischen gutem Glauben und rechtfertigendem Tatbestand im § 172 besonders deutlich zum Ausdruck gebracht worden ist. Denn in § 172 tritt die Haftung des Geschäftsherrn nur dann ein, wenn der Vertreter dem Dritten die Vollmachtsurkunde vorlegt. Hier spricht natürlich die Vermutung ganz besonders dafür, daß der Dritte sich durch das Vorhandensein der Urkunde zu dem Geschäftsabschluß mit dem Vertreter bewegen ließ.

Es ist demnach festzustellen, daß die § 171, 172 BGB. auch das Erfordernis des Kausalzusammenhangs mit den von der Praxis entschiedenen Fällen der sog. Scheinvollmacht gemeinsam haben..

3] Vgl. Enneccerus I, 1 § 149 II, 1 b.
4] Vgl. unten S. 37 Anm. 13.
5) Siehe Wellspacher a.a.o, S. 101 und 86. Auch Goldberger S. 18 übersieht die Fiktion der Kenntnis. Er verlangt, daß es für den Dritten möglich war, zur Zeit der Geschäftsvornahme von der öffentlichen Bekanntmachung Kenntnis zu haben.

§ 14

Es bleibt nur noch das letztere Erfordernis zu prüfen, das die Rechtsprechung entwickelt hat, nämlich der Grundsatz, daß der fragliche Geschäftsabschluß mit dem Vertreter ein Geschäft des Handelsverkehrs sein muß. Die Praxis läßt die Haftung aus Scheinvollmacht grundsätzlich nur eintreten, wenn mindestens der Geschäftsherr Kaufmann im Sinne des HGB. ist oder infolge des Umfanges seines Erwerbsgeschäftes als solcher erscheint. Es ist von vorneherein klar, daß diese Voraussetzung der Haftung in den §§ 171, 172 kein Gegenstück findet. Das hindert indeß die analoge Anwendung der Bestimmungen keineswegs. Denn das Erfordernis des Handelsverkehrs bedeutet gegenüber den Voraussetzungen der §§ 171, 172 ein zusätzliches Erfordernis, das jeder rechtlichen und tatsächlichen Notwendigkeit entbehrt.

Daß die Praxis die entwickelten Grundsätze hinsichtlich der Haftung aus Scheinvollmacht auf das Gebiet des Handelsverkehrs beschränkt, läßt sich aus der Tatsache erklären, daß gerade kaufmännische Rechtsverhältnisse unbedingte Klarheit erfordern. Die Handelssitte verpflichtet den Kaufmann in besonderem Maße, sich klarer und eindeutiger Erklärungen zu bedienen, wenn er sein Verhalten nicht so aufgefaßt wissen will, wie es vom Handelsverkehr nach Treu und Glauben beurteilt wird. ‚Die kaufmännische Anstaltspflicht erfordert . . . . die Anwendung aller zu Gebote stehenden Vorsichtsmaßregeln, durch die eine Schädigung gutgläubiger Dritter vermieden werden könnte.“[1]) Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb die Grundsätze von Treu und Glauben, die sich doch unzweifelhaft auf unser gesamtes Rechtsleben erstrecken, für die Fälle der Scheinvollmacht auf das Gebiet des Handelsverkehrs beschränkt sein sollen. Der Umstand, daß es sich bei den Parteien um Kaufleute handelt, wird zwar stets die Wirkung haben, daß entsprechend den strengeren Anschauungen des Handelsverkehrs das Vorliegen eines objektiv rechtfertigenden Tatbestandes unter leichteren Voraussetzungen angenommen wird. Auch auf die Frage der Zurechenbarkeit wird dieser Umstand von Einfluß sein. Grundsätzlich aber müssen die entwickelten Regeln ebenso Anwendung finden auf den Verkehr zwischen Privatpersonen, denn die Grundsätze von Treu und Glauben sind für Kaufleute und Nichtkaufleute die gleichen. „Was den Kaufleuten recht ist, ist den Privatpersonen billig. Es ist nicht einzusehen, weshalb Privatpersonen schlechter gestellt werden sollen, als Kaufleute, wenn es sich darum handelt, sie gegen vertragswidriges Verhalten zu schützen.“[2]) Es ist daher anzu-

1] RG. JW. 1928, 226.
2] So Baer a a.o. S. 26, vgl. Haymann S. 331: Erbach S. 19.

nehmen, daß die Rechtsprechung im Laufe der weiteren Entwicklung die Begrenzung der dargelegten Grundsätze auf das Gebiet des Handelsverkehrs aufgeben wird.[3]) Keinesfalls aber dürfte diese Voraussetzung die analoge Anwendung der §§ 171, 172 BGB. verhindern können.

§ 15

Aus den vorstehenden Erörterungen ist ersichtlich, daß die Grundsätze der einschlägigen Rechtsprechung, soweit sie dem von ihr verfolgten Ziel des Vertrauensschutzes entsprechen, in den §§ 171, 172 BGB. enthalten sind. Es fragt sich jedoch, ob die analoge Anwendung dieser Vorschriften auch zu praktisch brauchbaren Ergebnissen führt. Es ist insoweit bereits erwähnt worden, daß nur eine solche Begründung die einschlägige Rechtsprechung in ihrer vollen praktischen Bedeutung zu tragen vermag, die eine nachträgliche Vernichtung oder Einschränkung der Haftung des Geschäftsherrn durch Irrtumsanfechtung ausschaltet.

Wenn man von dem richtigen Gedanken ausgeht, daß die Haftung des Geschäftsherrn deshalb eintritt, weil er den objektiven Rechtsschein tatsächlich verursacht hat, so wird sogleich klar, daß eine Anfechtung auf dem Gebiete der Scheinvollmacht keine Bedeutung haben kann. Der Anfechtung unterliegt begrifflich nur die Erklärung eines Willens, denn Anfechtung heißt Geltendmachung der Verschiedenheit von Wille und Erklärung. Der Erfolg einer Anfechtung besteht begrifflich nur in der Aufhebung der unmittelbar auf dem Willen beruhenden rechtlichen Wirkungen. Es kann weder eine Tatsache angefochten werden, noch können die tatsächlichen Wirkungen einer Willenserklärung durch deren Anfechtung beseitigt werden.

Man spricht nur da von einer Anfechtung, wo nach objektiver Beurteilung ein Wille erklärt zu sein scheint, der auf die Erzeugung bestimmter Rechtsfolgen gerichtet ist, während in Wirklichkeit ein derartiger Wille gar nicht vorliegt. Anfechtung heißt Geltendmachung der Verschiedenheit von Rechtsfolgewillen und Erklärung. Die Wirkung der Anfechtung erschöpft sich in der Aufhebung der scheinbar gewollten Rechtsfolgen. Bezweckt der Wille (dem Anschein nach) lediglich einen tatsächlichen Erfolg, so kann der Nachweis, daß ein derartiger Wille nicht vorhanden gewesen ist, niemals die Wirkung haben, daß die scheinbar gewollte Tatsache aus der Welt geschafft wird.

Ein rechtsgeschäftlicher Wille bezweckt nun immer zwei Erfolge, einen tatsächlichen und einen rechtlichen. In tatsächlihher Beziehung will der Erklärende die Erklärung, in rechtlicher Beziehung will er ir-

3] Vgl. die oben S. 21 erwähnte Lockerung.

gendeinen Rechtserfolg. Wenn ich jemanden bevollmächtige, so will ich zunächst die Worte oder Handlungen, die die Vollmachtserklärungen darstellen. Weiterhin will ich die Rechtsfolge, daß nunmehr der Vertreter die Macht habe, mich unmittelbar zu verpflichten und zu berechtigen. Habe ich nun einen Bevollmächtigungswillen in Wirklichkeit nicht besessen, sei es daß ich die Erklärung überhaupt nicht abgeben, sei es daß ich an die Erklärung die Rechtsfolge nicht anknüpfen wollte, so kann ich in jedem Falle durch die Anfechtung nur erreichen, daß mit der objektiven Erklärung nicht die Rechtsfolge der Vollmacht verbunden wird. Niemals aber kann ich durch die Anfechtung die Tatsache vernichten, daß ich die Erklärungsworte gebraucht, oder die Erklärungshandlungen getätigt habe. — Wenn nun der Gesetzgeber allein an die äußere Erklärungstatsache bezw. den dadurch verursachten Rechtsschein die Wirkung der Haftung knüpft, ohne es auf den Willen des Erklärenden abzustellen, so ist, selbst wenn eine anfechtbare Willenserklärung im technischen Sinne vorgelegen hat, die Anfechtung ohne Wirkung auf die Haftung.

Stellt sich nun die Erklärung, auf der die Haftung beruht, nicht als Willenserklärung, sondern — wie in den §§ 171, 172 — als bloße Rechtshandlung dar, so ist eine Anfechtung überhaupt ausgeschlossen. Wenn die Rechtsfolgen nicht kraft des schöpferischen Willens, sondern ohne Rücksicht auf den Willen kraft Gesetzes aufgrund der äußeren Erklärungstatsache eintreten, so kann eine Abweichung zwischen dem Willen und dem tatsächlichen Erfolg nicht von Bedeutung sein. Manigk[1]) anerkennt in gewissem Umfang, daß Rechtshandlungen unanfechtbar sind. Er hält insoweit richtigerweise den Irrtum über die Rechtsfolgen und den Irrtum über die Richtigkeit der Mitteilung im Sinne der §§ 171, 172 für unerheblich, weil der Rechtsfolgewillen und die Richtigkeit der Mitteilung selbst ohne Bedeutung sind. Manigk hält dagegen dann eine Anfechtung für zulässig, wenn der Mitteilende die Mitteilung nicht so erklären wollte, wie er sie erklärt, wenn er sich also versprochen hat; in diesem Falle sieht Manigk keinen Grund, die Zurechenbarkeit der Mitteilung unter andere Gesichtspunkte zu stellen, als die der Willenserklärung, wenn auch der Rechtsfolgewillen im Tatbestand der §§ 171, 172 fehlt. Indeß ist hier im Gegensatz zur Willenserklärung der Grund, an den der Gesetzgeber die Haftung knüpft, allein die Tatsache, daß die Mitteilung vorgenommen worden ist. Dieser Grund fällt auch dann nicht fort, wenn der Geschäftsherr die Mitteilung nicht erklären wollte.

1] a a o. S. 604 f.

Manigk stellt als Argument für seine Ansicht die beiden Mitteilungen des A. „Ich habe Herrn B. bevollmächtigt" und „Ich bevollmächtige hierdurch Herrn B." gegenüber und folgert daraus, daß die zweite Mitteilung anfechtbar ist, auch die Anfechtbarkeit der ersten Mitteilung. Diese Folge ist jedoch unrichtig. Zwar ist die Mitteilung „Ich bevollmächtige hierdurch Herrn B." als Willenserklärung anfechtbar. Manigk übersieht jedoch, daß, wenn es sich hierbei um eine externe Bevollmächtigung handelt, trotz der Anfechtung die Tatsache der in den Verkehr gegebenen Erklärung, die allein gemäß §§ 170 ff. BGB. die Haftung begründet, bestehen bleibt. Aus der Anfechtbarkeit der Mitteilung „Ich bevollmächtige hierdurch Herrn B." ist also nicht die Anfechtungsmöglichkeit für den Fall zu folgern, daß die Mitteilung lautet: „Ich habe Herrn B. bevollmächtigt". Es ist vielmehr festzustellen, daßt rotz der Anfechtbarkeit im ersten Fall die Haftung begründende Tatsache der Mitteilung im Sinne der §§ 171, 172 BGB. in beiden Fällen vorliegt.

Ausschlaggebend für den Fragenkomplex der Anfechtung ist also die Feststellung, daß der einzige Grund der Haftung in den §§ 171, 172 BGB. die Tatsache der in den Verkehr gegebenen Mitteilung, bezw. der sich darauf aufbauende Schein der Vollmacht ist und daß dieser Grund nicht etwa durch Anfechtung vernichtet werden kann, gleichgültig, ob die Mitteilung als einfache Rechtshandlung ohne Rechtsfolgewillen angegeben worden ist, oder ob sie zugleich eine externe Vollmachterteilung darstellt.[2])

Regelsberger[3]) ist der einzige, der den wahren Grund der Haftung und zugleich die Doppelnatur der externen Vollmachtserteilung mit aller Klarheit erkannt hat. Leider haben seine Ausführungen zu wenig Beachtung gefunden, als daß sie die Unklarheit, die in Praxis und Lehre heute herrscht, hätte verhindern können. Regelsberger schreibt: „Die Vollmachtserteilung schafft, genauer zugesehen, einen zweifachen juristischen Tatbestand: einmal eine Willenserklärung, dann aber auch den äußeren Schein, daß die Vollmacht erteilt sei. Nur die Willenserklärung ist der Anfechtung zugänglich, nicht der äußere Tatbestand, der das Vertrauen auf das Dasein der Vollmacht zu erwecken vermag. Wird daher dem Dritten, der mit dem Vertreter im Hinblick auf die Vollmacht in rechtsgeschäftlichen Verkehr getreten ist, durch Anfechtung die Berufung auf das Dasein der Vollmacht entwunden, so steht ihm noch sein

2] Nach diesen Ausführungen ist die oben S. 40 f. getroffene Feststellung, daß es von minderer Bedeutung sei, ob die Mitteilung selbst als stillschweigende Bevollmächtigung anzusehen ist oder nicht, verständlicher!

3] Besprechung von Wellspachers „Vertrauen auf äußere Tatbestände" in Kr. V. J. Schr. 47. 284.

Vertrauen auf den äußeren Schein des Daseins schützend zur Seite. Freilich deckt dieser Schein nur einen solchen Dritten, der dadurch zum Glauben an die Wirklichkeit bestimmt wurde. Aber mehr fordert auch die Sicherung des Verkehrs nicht; sie fordert andererseits auch nicht, dem Vollmachtgeber die Anfechtung ganz zu versagen, wie Wellspacher, S. 93, will."[3a])

[3a]) Wenn Krause, Seite 158, behauptet, daß in dem Falle, wo der Schein der Vollmacht lediglich einer wirklich erteilten Vollmacht parallel läuft, bei Anfechtung der wahren Vollmacht der Rechtsschein nicht mit rückwirkender Kraft zu selbständiger Bedeutung emporwachse, so ist ihm folgendes entgegenzuhalten.
Es ist zwar richtig, daß das Gesetz den Umfang des Vertrauensschutzes bei der Anfechtung grundsätzlich in § 122 BGB. festgelegt hat, indem es den Anfechtungsgegner auf das negative Interesse verweist. Für das Gebiet der Vollmacht hat es jedoch durch § 170 eine Ausnahme gemacht, indem es dort bestimmt, daß im Falle der Vollmachtserteilung durch Erklärung gegenüber einem Dritten (Begründung des Rechtsscheins!) die Vollmacht diesem gegenüber solange in Kraft bleibt, bis ihm das Erlöschen von dem Vollmachtgeber angezeigt wird. Das bedeutet für den Fall der Anfechtung, daß die wirklich vorhandene Vollmacht zwar, entsprechend der Regel, mit rückwirkender Kraft nichtig wird, daß aber der Schein der Vollmacht, der durch die in den Verkehr gegebene Erklärung begründet worden ist, bis zur Erklärung der Anfechtung die Wirkungen einer wirklichen Vollmacht besitzt. Die Bestimmung des § 170 hat also praktisch die Wirkung, daß der Anfechtung einer gegenüber einem Dritten erteilten Vollmacht die rückwirkende Kraft genommen wird. — Gegen diese Argumentation könnte man zwar einwenden, daß der Dritte, der die Anfechtbarkeit der Vollmachtserteilung kannte, gem. § 122 Abs. 2 BGB. keinen Anspruch auf das negative Interesse hat, daß er aber trotzdem den weitergehenden Schutz des § 170 solange erfährt, bis die Anfechtung tatsächlich erfolgt und ihm bekannt ist, da er ja bis dahin das Erlöschen der Vertretungsmacht i. S. des § 170 nicht kannte! Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß der Dritte, der die Anfechtbarkeit der Vollmachtserklärung gekannt hat bezw. kennen mußte, nach Erklärung der Anfechtung so angesehen werden muß, als habe er seit Kenntnis von der Anfechtbarkeit auch Kenntnis von dem Erlöschen der Vertretungsmacht. Denn wenn er die Anfechtbarkeit kannte, mußte er damit rechnen, daß die Vollmacht im Falle der Anfechtungserklärung mit rückwirkender Kraft hinfällig werde; vgl. Planck zu § 173 Anm. 2, zu § 167, Anm. 4 d; Staudinger zu § 170 Anm. 3 a. E.

Wir glauben nunmehr überzeugend dargelegt zu haben, daß die Mitteilung im Sinne der §§ 170 ff. BGB. der Anfechtung nicht unterworfen ist,[4]) bezw. daß in den Fällen, in denen der Mitteilung eine anfechtbare Vollmachtserteilung zugrunde liegt, oder die Mitteilung selbst als solche anzusehen ist, die Anfechtung den Ausschluß oder eine Einschränkung der Haftung nicht herbeiführen kann.

Rückschauend ist daher festzustellen, daß nicht nur die Grundgedanken, die den einschlägigen Entscheidungen der obersten Gericht zugrunde liegen, in den §§ 171, 172 verankert sind, sondern auch daß die analoge Anwendung dieser Bestimmungen zu praktisch brauchbaren Ergebnissen führt, weil sie die Möglichkeit der Anfechtung ausschließt. — Die direkte Anwendung der §§ 171, 172 ist nur deshalb unmöglich, weil in ihnen eine ganz bestimmte Art der Vollmachtskundgebung (besondere Mitteilung, öffentliche Bekanntmachung, Vorlage einer ausgehändigten Urkunde) vorausgesetzt ist. Eine extensive Auslegung dieser Worte dahin, daß darunter auch ein konkludendes Verhalten des Geschäftsherrn verstanden werden kann, erscheint angesichts des klaren Gesetzwortlauts ausgeschlossen.[5]) Da wir indeß die Voraussetzung der besonderen Mitteilung usw. nicht als ein Grundprinzip des Gesetzes ansehen, sondern in ihr nur besonders wichtige Beispiele von rechtfertigenden Tatbeständen erblicken,[6]) so erscheint bei Vollmachtskundgebungen anderer Art die analoge Anwendung der §§ 171, 172 BGB. geboten.

§ 16

In diesem Zusammenhang ist zum Schluß noch die Frage zu prüfen, welche Art der Analogie möglich ist. Die Wissenschaft unterscheidet zwischen Gesetzesanalogie und Rechtsanalogie.

Analogie im allgemeinen bedeutet die Anwendung eines Rechtssatzes auf einen rechtsähnlichen Tatbestand wegen Gleichheit des Rechtsgrundes. Vorausgesetzt wird also die Feststellung, daß die Interessenlage

4] Ebenso Wellspacher, der jedoch hinsichtlich des § 170 Zweifel hat, weil auch er die Doppelnatur der externen Vollmachtserteilung nicht erkannt hat. Wenn er auf S. 93 schreibt: „Vorläufig wird man sich trotz aller Bedenken dazu entschließen müssen, die Anwendung der Lehre von den Willensmängeln auf die Fälle der §§ 171 u. 172 abzulehnen und den Widerspruch mit dem Falle des § 170 hinzunehmen", so ergibt sich für uns die Aufklärung des von Wellspacher offen gelassenen Widerspruchs aus den vorstehenden Erörterungen.

5] Für eine direkte Anwendung des § 171 setzt sich u.a. Rümelin ein, wenn er — a.a.o. S. 300 — ausgeführt: „Richtiger ist es, die Fälle an den § 181 anzuknüpfen und die Worte besondere Mitteilung und öffentliche Bekanntmachung soweit zu fassen, daß sie auch auf konkludentes Verhalten, z. B. ein Selbständigwerdenlassen von Angestellten in Dingen, die nicht ohne weiteres in ihrem Geschäftskreis liegen, bezogen werden können.

6) Vgl. oben S. 44 f.

des zu entscheidenden Falles, der von der zu erstreckenden Regel nicht erfaßt wird, mit dem Tatbestand dieser Regel die Stücke gemeinsam hat, die für die Anknüpfung der Wirkungen wesentlich sind. „Das Verfahren der Gesetzesanalogie besteht nun in der Erweiterung eines für einen bestimmten Fall vorhandenen Rechtssatzes zu einem allgemeinen Satz, aus welchem dann die besondere für die Entscheidung eines anderen konkreten Rechtsfalles erforderliche Vorschrift abgeleitet wird. Das Verfahren der Rechtsanalogie ist das gleiche; sie verschafft sich nur den erforderlichen allgemeinen Rechtssatz nicht durch Erweiterung eines anderen Rechtssatzes, sondern leitet ihn aus dem Zusammenhange mehrerer Rechtssätze oder Gesetzeskomplexe oder aus dem Ganzen der geltenden Rechtsordnung ab."[1])

Wir haben zwar festgestellt, daß sämtliche in der Praxis entwickelten wesentlichen Voraussetzungen der Haftung aus Scheinvollmacht mit den Haftung begründenden Prinzipien der §§ 171, 172 BGB. übereinstimmen. Mit Rücksicht darauf jedoch, daß zur Entscheidung der Frage, ob es sich hier wegen der festbegrenzten Art der Vollmachtskundgebung um Ausnahmebestimmungen handelt, der Hinweis auf weitere Rechtsnormen nötig war,[2]) so erscheint die Annahme einer Rechtsanalogie vor der einer Gesetzesanalogie den Vorzug zu verdienen.[3]) Eine praktische Bedeutung kommt der Entscheidung dieser Frage nicht zu. In einem Urteil wird es stets genügen, wenn man die Entscheidung allein auf die §§ 171, 172 BGB. stützt.

Schluß.

§ 17

Das Ergebnis der Arbeit kann dahin zusammengefaßt werden, daß die Praxis der obersten Gerichte für das Gebiet der Scheinvollmacht Grundsätze entwickelt hat, die den praktischen Bedürfnissen des Verkehrslebens gerecht werden. Damit hat diese ihrer vornehmsten Aufgabe Genüge getan. Das Verdienst der Rechtsprechung ist umso höher zu bewerten, als sie sich von der Erfüllung dieser ihrer Aufgabe nicht dadurch hat abhalten lassen, daß sie eine Begründung, die ihre Entscheidungen vollends zu tragen vermochte, in den geltenden Gesetzen nicht gefunden hat. — Die fortentwickelte Rechtsprechung mit dem gesetzten Recht in Verbindung zu bringen, ist die Aufgabe der Wissenschaft. Ihr

1) So Staudinger I S. 19.
2) Vergl. oben S. 42 ff.
3) Im Ergebnis übereinstimmend Erbach, Goldberger S 79 Anm 12.

bleibt es überlassen, den Strom der Praxis, der unter dem Druck neu hervortretender Lebensbedürfnisse über das Wehr hinausgestürmt ist, das ihm der Gesetzgeber einst an den Grenzen der damaligen Verkehrsbedürfnisse errichtet hat, in ein geordnetes Bett zu leiten, um ihm einen ungehinderten Abfluß zu sichern, andererseits aber auch eine unheilvolle Ueberschwemmung zu verhüten.

Die Grenze für die Haftung aus Scheinvollmacht liegt dort, wo der gute Glaube des Dritten aufhört und wo eine Verursachung des Rechtsscheins durch den Geschäftsherrn unter Zugrundelegung allgemein menschlicher Erfahrung nicht mehr nachzuweisen ist. Deshalb ist die Rechtsprechung des RG. zu billigen, wenn sie dem Dritten, dem der Mangel einer Bevollmächtigung bekannt war, den Schutz versagt, obwohl eine solche Entscheidung sich mit der Konstruktion der stillschweigend erteilten Vollmacht nicht vereinbaren läßt. Ebenso sind die Entscheidungen des RG. in der Frage des Blankettmißbrauchs anzuerkennen, wenn der Geschäftsherr durch Bereitstellung von Drucksachen und Stempeln etc. den Schein der Vollmacht verursacht hat. Abzulehnen ist jedoch die in der älteren Literatur und Rechtsprechung zuweilen vertretene Ansicht, daß die Aufstellung eines Fernsprechers genügt, um die Haftung des Geschäftsherrn für solche Geschäfte zu begründen, die von seinen vollmachtslosen Angestellten auf fernmündlichem Wege abgeschlossen werden.[1]) Denn die Aufstellung eines Fernsprechers kann bei der heutigen technischen Entwicklung nicht mehr als adaequat kausal für die Annahme einer Bevollmächtigung angesehen werden, ganz abgesehen davon, daß sie auch einen objektiv rechtfertigenden Tatbestand nicht mehr abzugeben vermag. — Der praktischen Bedeutung der von uns gegebenen Begründung würde andererseits eine Entscheidung nicht gerecht, die ein Verschulden inbezug auf den täuschenden Erfolg des Rechtsscheins als Voraussetzung der Haftung des Geschäftsherrn ansehen würde. Gründet sich der Rechtsschein auf einem aktiven Verhalten des Geschäftsherrn, so muß bloße adaequate Kausalität als Haftung begründend angesehen werden. Richtig ist dagegen die gleichbleibende Rechtsprechung des RG. in den Fällen, in denen die Beziehungen des Geschäftsherrn zu dem rechtfertigenden Tatbestand lediglich in einem passiven Verhalten begründet sind. Hier muß als Voraussetzung der Haftung Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis von dem Verhalten des Angestellten verlangt werden, wobei jedoch festzustellen ist, daß diese Fahrlässigkeit keine Beziehung zu dem täuschenden Erfolg des Rechtsscheins hat, sondern sich lediglich auf die Unkenntnis der äußeren Tat-

1) Vgl. Staub 6./7. Aufl. Anm. 11 zu § 54, im Gegensatz zu den neueren Auflagen, z. B. 14. Aufl. Anm 13 zu § 54; früher auch OLG. Braunschweig und LG. I Berlin, beide in Goldschm. Z. 40, 450

sache des rechtsscheinbegründenden Verhaltens bezieht und nur als ein Glied in der Kausalreihe anzusehen ist. — Ungerechtfertigt und der praktischen Auswirkung unserer Begründung hinderlich ist endlich die vom RG. geübte Einschränkung der einschlägigen Rechtsprechung auf das Gebiet des Handelsverkehrs. Aus der Stellung der §§ 171, 172 im allgemeinen Teil des BGB. ist ersichtlich, daß die in ihnen verankerten Grundsätze für das gesamte bürgerliche Rechtsleben Geltung beanspruchen müssen. Vorzugehen haben lediglich die öffentlich rechtlichen Vertretungsbeschränkungen bei öffentlichen Anstalten und Körperschaften.

Wir hoffen dadurch, daß wir die Möglichkeit, die einschlägige Rechtsprechung durch analoge Anwendung der §§ 171, 172 BGB. zu begründen, hingewiesen haben, der Praxis den Raum, auf den sich die Rechtsentwicklung erstrecken darf, und die Grenzen, an denen sie haltmachen muß, aufgezeigt zu haben.

Lebenslauf.

Am 20. September 1909 wurde ich als Sohn des Kaufmanns August Ernst und seiner Ehefrau Paula geb. Groß zu Dortmund geboren. Von Ostern 1915 bis Ostern 1920 besuchte ich die Volksschule und von Ostern 1920 bis Ostern 1929 das humanistische Staatliche Gymnasium zu Dortmund, an welchem ich zu Ostern 1929 die Reifeprüfung bestand. Ich studierte dann an den Universitäten zu Freiburg i. Br., Münster i. Westf. und Königsberg i. Pr. von Sommersemester 1929 bis Sommersemester 1932 die Rechtswissenschaften. Am 14. Januar 1933 bestand ich vor dem Prüfungsausschuß beim Oberlandesgericht Königsberg die erste juristische Staatsprüfung. Am 28. Juli 1934 legte ich die mündliche Doktorprüfung ab.

Dortmund, im Juli 1934.

Otto Ernst
Gerichtsreferendar.